© CANADA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2002
PERMISSION TO REPRODUCE GRANTED TO HER MAJESTY IN RIGHT OF CANADA, AS REPRESENTED BY THE DEPARTMENT OF JUSTICE, ON 3RD OF DECEMBER, 1996. ALTHOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENT, THE DEPARTMENT OF JUSTICE ASSUMES NO RESPONSIBILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

REPRODUCTION IN WHOLE OR PART THROUGH MICROMEDIA IS PERMITTED, SUBJECT TO THE FOLLOWING RESTRICTIONS. TRANSLATIONS AND MODIFICATIONS ARE NOT PERMITTED.

ALTOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENT, NO REPRODUCTION BY MICROMEDIA SHALL SUGGEST THAT THE MINISTER OF JUSTICE ASSUMES ANY LIABILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

Micromedia
ProQuest

20 Victoria Street
Toronto, Ontario M5C 2N8
Tel: (416) 362-5211
Toll free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161

SERVING CANADIANS

Marriage and Legal Recognition of Same-sex Unions

A Discussion Paper

November 2002

Department of Justice Canada
Ministère de la Justice Canada

Canada

Marriage and Legal Recognition of Same-sex Unions

A Discussion Paper

November 2002

Table of Contents

Message from the Minister 1
Seeking people's views 3
A spectrum of viewpoints 6
The current legal framework 9
Religious and civil marriage 10
Recent court decisions 12
The role of Parliament and the courts 14
What are others doing? 15
Within Canada 15
Quebec 16
Nova Scotia 16
Manitoba 17
Alberta 17
Other countries 18
What questions need to be decided in Canada? 19
Possible approaches 21
Marriage could remain an opposite-sex institution 22
Marriage could be changed to also include same-sex couples 24
With the cooperation of the provinces and territories, Parliament could leave marriage to the religions 26
How can you join the debate? 28

Message from the Minister

Marriage has been widely debated in recent years. Perhaps no single issue touches more people. Everyone — those who are married, those who have chosen not to marry or remarry and those who have not had the opportunity to choose — has an opinion. Their opinions are based on their own experiences and on the experiences of their parents, their children and families, friends and neighbours, as well as on their values and beliefs.

Public debate on marriage began long before the recent legal challenges to the constitutionality of requiring marriage to be between "one man and one woman". Not just in Canada but around the world, individuals and their governments have debated whether marriage has a continuing value to society, and if so whether and how the state should recognize married relationships in law. The Canadian public, like those in many other countries, are divided on this question. Some feel strongly that governments should continue to support marriage as an opposite-sex institution, since married couples and their children are the principal social unit on which our society is based. Others believe that, for reasons of equality, governments should treat all conjugal relationships — opposite-sex and same-sex — identically. Still others believe that in a modern society, governments should cease to recognize any one form of relationship over another and that marriage should be removed from the law and left to individuals and their religious institutions.

As part of this debate, recent Charter challenges to the legal requirement that marriage be between "one man and one woman" are now before the courts in three provinces — British Columbia, Ontario and Quebec, with conflicting results at the trial level. These three decisions are now under appeal. The government hopes to benefit from the guidance of the appeal courts on the legal issues.

But marriage is not just about law. Challenges to the opposite-sex meaning of marriage bring a new focus to the continuing debate about the future of marriage in Canada. The court challenges show that marriage has a continuing value to both those seeking to

maintain the opposite-sex requirement and those in the gay and lesbian community who are seeking to marry. People in Canada and their representatives must now decide whether marriage should remain an opposite-sex institution, perhaps along with the creation of a new registry for civil unions that would be deemed equivalent to marriage for the purposes of federal law and programs, or be changed to include same-sex couples or cease to be reflected in law at all.

The Government of Canada believes that Parliament is the best place to debate how we as a society should address this question. Some of those who disagree with the trial court decisions in Ontario and Quebec have expressed concern that the courts, rather than elected members of Parliament, are making decisions to change fundamental social institutions. In my view, the roles of Parliament and the courts do not conflict, but complement each other. When the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was added to our Constitution in 1982, Parliament and the legislatures decided to make explicit the right of Canadians to go to court and challenge laws. At the same time, our Constitution makes it clear that Parliament has an essential role to play in deciding important social questions. Recent court decisions acknowledged the importance of this role, and we intend to responsibly play our part.

The question we are discussing is complex. Every viewpoint on how best to reconcile the traditional meaning of marriage and the recognition of committed gay and lesbian relationships within our constitutional framework and equality guarantees deserves to be heard. I know that people living in Canada will find a way to resolve this issue that is consistent with our values as a society and that respects the Constitution and the roles of Parliament and the courts. The Parliamentary Committee will open this discussion. I look forward to hearing the views of Canadians and the recommendations of the Committee.

Martin Cauchon
Minister of Justice and Attorney General of Canada

Seeking people's views

Under Canadian law, the legal concept of marriage as the "union of one man and one woman to the exclusion of all others" has existed since before Confederation. This was thought to be so clear that the opposite-sex requirement for marriage was not specifically included in a federal law, with the exception of recent legislation regarding Quebec. Rather, judges included this requirement as part of the common law that has been consistently applied by the courts in Canada (except in Quebec). In Quebec, the same concept of marriage existed in the pre-Confederation *Civil Code*, and was recently confirmed in federal law (section 5 of the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*).[1]

Marriage has many aspects — social, religious, emotional and financial, among others. It also has legal consequences, including a range of benefits and obligations under federal law and under provincial and territorial law. Governments legislate legal consequences for marriage to protect a vulnerable partner and any children — mostly to ensure that they are adequately cared for on the death of one partner or if the relationship breaks down.

Many of the legal consequences of marriage, including this range of benefits and obligations under federal, provincial and territorial law, may also be applicable to other committed partners, such as common-law couples. At the federal level, Parliament began extending some of these legal consequences to common-law couples in the 1960s, about 20 years before the Charter came into force. One example is the survivor benefit in the *Canada Pension Plan*, which is available to the survivor in a common-law relationship of at least one year. Since the Charter came into force, a series of court decisions has held that most benefits and obligations available to married couples should be extended equally to other couples in a conjugal or marriage-like relationship, including same-sex couples.

---

[1] Section 5 reads "Marriage requires the free and enlightened consent of a man and a woman to be the spouse of the other." This section was recently declared unconstitutional by the Quebec Superior Court.

In 2000, Parliament enacted the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, extending benefits and obligations under 68 federal statutes to common-law opposite-sex and same-sex couples. As a result, the majority of the legal consequences of marriage in federal law now also apply to all couples in committed common-law relationships. Many of the benefits and obligations granted to married couples under provincial and territorial laws and programs are granted equally to common-law couples of the same sex and the opposite sex in the majority of provinces and territories.

There is some debate about whether it is appropriate to grant the same benefits and impose the same obligations on common-law partners as on married couples. Some ask whether common-law partners should be included only in what is called public laws, (or the laws that apply between governments and individuals, such as the *Canada Pension Plan*), and not in private laws, (or laws governing the obligations between two people, such as family law). If two individuals have chosen not to marry, some think that choice should be respected and they should not be required by law to have the same obligations between each other, including on the breakdown of the relationship.

The provinces and territories take different approaches to this issue, which reflect the diversity of views. The law seeks a balance between individual autonomy and the protection of vulnerable partners and children. In the federal law, common-law relationships are included in all benefits and obligations after one year of cohabitation (known as an "ascription model"), in order to evenly protect vulnerable partners. There are two reasons for this. First, if married couples or common-law partners must go to a lawyer to legally opt out of certain benefits or obligations, then laws can more readily ensure that the choice is based on legal advice about the implications, and is made evenly by both partners. Second, if couples were asked instead to choose whether to opt in, they might choose based on their current circumstances, for example, that they will not need a

survivor benefit because they both have their own pension entitlement, but they would then be left unprotected if there was an unforeseen change in their circumstances.[2]

If there is equal treatment in terms of benefits and obligations, some wonder why gay and lesbian couples still want to marry. The applicants in the current court challenges cite three reasons. First, some gay and lesbian couples consider that there is a qualitative difference between common-law relationships and marriage. Marriage is a ceremony where the couple formally announces to their families, friends and the state their commitment to one another and their intention to make the relationship last. A legally sanctioned equivalent to marriage, even one that is closely akin to marriage, is not acceptable to gay and lesbian couples because they believe that it does not give full and equal recognition to their relationship. Second, the current federal law requires gay and lesbian couples to wait the one-year qualifying period that is required for all common-law couples before becoming eligible for benefits and subject to obligations under federal law, while married couples are recognized immediately after the registration of their marriage. Under some provincial and territorial laws, the waiting period is longer, for example three or five years. Some gay and lesbian couples say that they should not have to wait when they are no less committed to one another than are the partners in a marriage. Finally, some gay and lesbian couples feel strongly that access to marriage is necessary to give the full protection of the law to their families and children, as they are concerned that their children may be stigmatized by the lack of legal recognition for their relationships.

The information that follows is meant to inform the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, which will table its recommendations after holding hearings later this year.

---

[2] Other arguments have also been put forward. Some have suggested that if one partner does not want to marry in order to avoid the legal consequences, then they are unlikely to agree to opt in as common-law partners. Some have also suggested that laws should not recognize the "free choice" of couples with children who do not marry, as where the relationship breaks down, this may affect the lives of the children who did not choose. Finally, some argue it is inappropriate to allow couples to choose to take on obligations, as where private law obligations do not apply on the breakdown of a relationship, public programs must usually fill the gap, such as the Guaranteed Income Supplement under the *Old Age Security Act*.

A spectrum of viewpoints

A survey of media coverage and public debate over the last decade reveals that people in Canada hold many different views on marriage. The findings of public opinion polls, which have routinely included questions on marriage, gay and lesbian couples and discrimination for at least the last decade, reflect the ongoing debate and public interest relating to these topics.

In a poll summarized in the *Angus Reid Report* (May/June 1998), 75 percent of respondents agreed that human rights legislation in Canada should protect gay and lesbian individuals from discrimination based on their sexual orientation. In a November 1999 Angus Reid poll commissioned by Justice Canada, close to two-thirds of respondents (63 percent) said that partners of gay or lesbian employees should be entitled to the same spousal benefits as the opposite-sex partners of employees.

Public opinion research suggests that public support for recognition of marriage between two persons of the same sex is rising. Thirty-seven percent of respondents in 1993 were in favour of same-sex couples being able to marry, and this figure rose to 49 percent in 1996. More recent research conducted in February 2002 by Environics for the Centre for Research and Information on Canada found that 53 percent of respondents were in favour of gay and lesbian couples marrying; 40 percent were opposed.

People in Canada may not agree on how to address this issue — there are many strongly held views. Many people in Canada believe that marriage is fundamental to our society, and that its primary function is to create a stable and supportive foundation for procreation and raising children. They believe that the opposite-sex requirement of marriage is not only essential, but that it is recognized precisely because of its link to procreation. To them, marriage is a sociological and religious institution built on the biological fact that children are born to couples of the opposite sex and that the couples who produce most of these children also raise and nurture them, even though they may do

so in blended families. Although marriage is not *only* about procreation, the potential for having and raising children is central to the institution, as illustrated by the fact that the common law provided that a marriage could be invalidated because of impotence.[3] Given that the majority of Canadian children are both born to, and raised by, married couples, some people believe that the state logically has a role in promoting marriage and reserving it exclusively for partners of the opposite sex, to help ensure stability and support for children. This view of marriage is reflected in religious teachings in most major world religions.

Other people in Canada see this issue as a fundamental question of equality and the right to fully participate in our society. They believe the choice to marry should be open to same-sex couples as it is to opposite-sex couples. These people point to the fundamental importance in Canadian law of equality guarantees that protect individuals and groups of individuals from discrimination. Some same-sex partners seek access to marriage because it is a public recognition of, and expression of support for, their commitment, as well as a confirmation that their relationship has as much value to society as that of married couples. There are also some practical benefits to marriage; for example, it may create a clearer relationship without the requirement for adoption between a parent's partner and the children they may be raising together.

Some people in Canada think that the purpose of marriage has evolved. They point to growing numbers of divorces and common-law relationships as proof that marriage no longer promotes social stability, although it still has a role in enabling couples to publicly express their commitment to one another. People who see marriage as an expression of commitment rather than an instrument of social stability argue that people in committed same-sex relationships should be just as entitled to formally register their unions as those who marry. Others point out that the sociological and historical origins of marriage were not religious, but rather proprietary. Specifically, the institution of marriage was created to govern the transfer of ownership of property, including women and children, between

---

[3] This is not the case in the Civil Law (see Gibeault c. Campeau, (1977) C.S. 717, page 718; P.G. Québec c. K., (1947) B.R. 566, page 571; Burnett c. Worthington, (1951) C.S. 50; Beaulne c. Thessereault, (1947)

wealthy families. Only later did this contract become sanctified by religion. Thus, some people consider that the very origin of the institution of marriage should divest it of any continuing validity, and some even believe that marriage can never be a truly equal partnership precisely because of these origins. They share the view that the state should cease to play a role in regulating marriage, and that marriage should be left to individuals and their beliefs.

Finally, some people have suggested that marriage, and the stability it provides to families and communities, is currently being weakened by the growing number of informal or common-law relationships. According to this view, marriage can be strengthened only if it is socially encouraged over less formal relationships, even if this means encouraging both committed opposite-sex couples and committed same-sex couples to marry. They argue that if governments recognize parallel forms of relationships outside of marriage, thus offering couples more choices, there is a risk that an important social institution will be further eroded, resulting in less stability for society.

This overview of the range of perspectives on same-sex marriage is by no means exhaustive, and the Committee hearings will provide an opportunity to hear an even broader spectrum of views.

The Law Commission of Canada also briefly discussed the issue of marriage in its report *Beyond Conjugality: Recognizing and Supporting Close Personal Adult Relationships*, tabled in Parliament in February 2002.[4] The Law Commission made several suggestions about how marriage and same-sex relationships could be addressed, and these are included in the section called "*What choices are open to Parliament?*" later in this paper.

C.S. 24; C. c. J., (1947) C.S. 298, page 299).

[4] The Law Commission's report focused mostly on people in non-conjugal relationships, such as an adult child living with an elderly parent, two elderly siblings, or an individual with disabilities and his or her caregiver. The Commission suggested that these couples should also be eligible for the benefits and obligations of spouses and common-law partners under federal law. Federal law currently includes family and other adult non-conjugal relationships only in some circumstances. But further study would be needed before Parliament can decide whether it is appropriate to treat non-conjugal relationships in the same way as spouses or common-law partners in all federal laws, and so these suggestions are beyond the scope of this paper.

The current legal framework

Canada is a constitutional democracy. Our Constitution contains all of the powers of the state now and for the future. It both divides the power to make laws between the federal Parliament and the provincial and territorial legislatures, and sets out the basic rights and freedoms of each individual in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Charter places limits on government action affecting individuals to ensure that governments act in a way that respects individual rights and freedoms. The Constitution grants a right to individuals to challenge a law they believe is inconsistent with the Charter. This involves asking the courts to rule on the validity of an existing law.

In dividing the power to make laws, the Constitution divides the power over marriage between the federal Parliament and the provincial and territorial legislatures. The federal Parliament has authority over the legal capacity to marry (i.e., who can marry whom).[5] The provincial and territorial legislatures have the authority over solemnization, which includes requirements for such things as licences, determining who can conduct the ceremony and how, and registration.

When marriages break down, the Constitution gives authority to the federal Parliament to regulate the legal consequences through divorce. The *Divorce Act* sets out a legal framework applied across Canada, which includes grounds for divorce and allows for spousal support, child support, and custody and access orders.

With regard to relationships between unmarried couples, such as common-law partners and registrations (for example, civil unions or domestic partners), legal authority is also divided. Because of our constitutional division of powers, neither the federal Parliament nor a provincial or territorial legislature acting alone has the jurisdiction to create a new

---

[5] Legal capacity has several branches, including the opposite-sex requirement (identity of gender), prohibitions on marriages between individuals who are too closely related (prohibited degrees of consanguinity), prohibitions on marriages where one or both are already married to someone else (bigamy and polygamy), and other requirements for minimum age, voluntary consent and impotence.

form of legal relationship beyond marriage (such as a civil union or a domestic partnership) that will have predictable legal consequences under both federal law and provincial or territorial law, although each has the authority to legislate concerning relationships beyond marriage for the purposes of their own laws and programs. The provincial and territorial legislatures have authority to regulate unmarried relationships for provincial and territorial laws and programs, including how they are defined, and what the legal consequences will be, for example in the law of wills and estates. The federal Parliament also has the power to define and regulate the legal consequences of these relationships for its own laws and programs, such as the *Canada Pension Plan*.

The legal consequences in the event of the breakdown of relationships between unmarried couples (for example, common-law partners, civil unions or domestic partners), as well as the division of marital property when a marriage breaks down, are ordinarily regulated by the provincial and territorial legislatures under their authority over property and civil rights. However, there are a few federal laws that set out legal consequences for the breakdown of relationships, whether between married or unmarried couples, for the purposes of a specific federal law or program, such as the *Canada Pension Plan*.

Religious and civil marriage

The Constitution includes a guarantee of freedom of religion, which is entrenched in the Charter. And while there are some legitimate limits on freedom of religion, as, for example, where some other Charter right or freedom is involved, governments must be careful to allow as much as possible for the diversity of religious beliefs.

Some people have expressed concern that, if the concept of marriage is changed, religious officials could be forced to marry gay and lesbian couples even when it is against their beliefs. None of the recent court decisions directly addressed this issue, but both the Ontario decision and the Quebec decision noted that such a result was very unlikely. This issue is addressed further in the section called *Possible approaches*.

In Canada, the legal requirements for a valid marriage are not always the same as the religious requirements. Most religions have their own requirements for entering into a valid marriage. The Roman Catholic Church, for example, will not marry first cousins or divorced persons who have not received an annulment. Some branches of Judaism will not marry a previously married woman unless she has undergone a religious divorce by receiving a "get." Some religious officials will not marry two individuals unless at least one is a member of their congregation.

When individuals marry in a religious ceremony, the legal and religious requirements operate together. Religions may impose additional requirements on the prospective marriage partners, but they may not perform a marriage that is legally valid unless the two people seeking to be married meet all the basic requirements set out in federal law and provincial or territorial law. For example, people who do not meet the minimum age requirement set out in the law cannot validly be married through a religious ceremony.

Concern over the possible impact of differences in religious requirements for marriage was debated at the time of Confederation, and led to the federal government being given the power over the legal capacity to marry, to ensure consistency across the country. These differences in requirements for religious marriages have also over time led most countries, including Canada, to create a legal mechanism for civil or "city hall" marriages. In this way, a couple may legally marry in a civil ceremony as an alternative to a religious ceremony.

The distinction between a religious and a civil marriage may be nearly invisible to many couples getting married in Canada. In some provinces and territories, if a couple is married religiously, they may not need to get a marriage licence, provided they meet the legal requirements.[6] Ordinarily, it is the religious official conducting the wedding

---

[6] Some provinces allow religions, where it is part of their tradition, to publicly read "the banns" instead of a marriage licence. In this instance, the religious official would publicly announce during the service on three occasions that the wedding was going to happen, and that any member of the congregation who knew of an impediment should let the official know. In other instances, the religious official may make the

ceremony who will take care of the registration, which then gives the marriage legal recognition. In all cases in Canada, the religion has the right to perform whatever rites of marriage it chooses, but the ceremony by itself has no legal consequences unless the marriage also meets the requirements of federal law and provincial or territorial law. That is why religious officials must be authorized under provincial or territorial law to perform ceremonies that are recognized in law.

In other countries, such as France, the distinction between religious and civil marriage is more readily apparent. There, a couple must go through a civil ceremony, whether or not there will also be a religious one, if they want their marriage to be legally recognized.

Recent court decisions

There are now conflicting court decisions in British Columbia, Ontario and Quebec on the opposite-sex requirement of marriage. Last fall, the British Columbia Supreme Court upheld the opposite-sex requirement of marriage. The court held that although the opposite-sex requirement of marriage violated the equality guarantees of gay and lesbian individuals under the Charter, it was justified in a free and democratic society. In the court's view, the concept of marriage results in inequality for gay and lesbian couples, even though the concept did not arise because of a "discriminatory belief that same-sex couples are not worthy of being married." However, the inequality was justified as the Charter does not require marriage to be made "something it was not" in order to embrace other relationships. The Court also found that the federal Parliament did not have the constitutional authority to alter the opposite-sex meaning of marriage, although the Quebec and Ontario courts disagree on this point. The British Columbia Supreme Court decision is under appeal, and expected to be heard by the British Columbia Court of Appeal in February 2003.

---

arrangements to obtain the marriage licence, so that the couple may be unaware of this part of the process. After the wedding ceremony is conducted, the couple will sign the register, with their witnesses, and in the case of many religious ceremonies, the official conducting the ceremony will mail the register to the

In Ontario, a decision of the Ontario Divisional Court in 1993 also upheld the opposite-sex requirement of marriage. The Court held that unions of persons of the same sex are not marriages because of the definition of marriage, and that the Charter does not have the effect of bringing about a change in the definition of marriage.

In July 2002, however, a different panel of the Ontario Divisional Court found that the opposite-sex requirement of marriage was a breach of the constitutional equality guarantees for gay and lesbian Canadians and gave Parliament two years to address this issue. If Parliament fails to do so, the court said, the common law in Ontario will automatically be changed to allow unions of "two persons." In the view of the Ontario Divisional Court, the purposes of marriage in our modern society can be equally valid for same-sex as for opposite-sex couples — commitment, companionship, mutual care and support, shared workload, shared shelter, emotional and financial interdependence, and child-rearing. The only remaining distinction in the court's view was that same-sex couples could not procreate, at least not without the intervention of a third party. But as not all married couples have children, and many children are born outside of marriage, the three judges held that having the potential to procreate was insufficient to be the sole legal basis for continuing the opposite-sex requirement of marriage.

In September, the Quebec Superior Court made a similar finding to that of the Ontario Divisional Court. The opposite-sex requirement of marriage was found to be a breach of the constitutional equality guarantees, and the court ruled that such a breach was not justified in a free and democratic society. It also gave Parliament two years to address the issue. The Court also declared specific sections of three laws that had set out the opposite-sex meaning of marriage[7] unconstitutional and inoperative.

---

provincial authority, who will send out the marriage certificate. Again, the couple may often not be aware of the registration requirement.

[7] Section 5 of the *Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1;* section 1.1 of the *Modernization of Benefits and Obligations Act;* and that portion of article 365 of the Quebec *Civil Code* that had referred to the opposite-sex meaning of marriage.

If the law changes in Ontario and Quebec only, this would mean that the law of marriage would apply across Canada in different ways. This outcome is exactly what the drafters of the original Constitution hoped to avoid — having some provinces and territories recognize a marriage that others do not.

The role of Parliament and the courts

In the last few years, Parliament has discussed the meaning of marriage on three occasions, as well as during debate on a series of bills introduced in Parliament by individual Members of Parliament or Senators:

- in 1999, Parliament passed by a wide margin an Opposition motion stating that Parliament will take all reasonable steps to maintain the opposite-sex meaning of marriage in Canada;

- in 2000, section 1.1 was added to the *Modernization of Benefits and Obligations Act* as an interpretive clause, stating that nothing in the Act altered the existing meaning of marriage as the "lawful union of one man and one woman to the exclusion of all others"; and

- in 2001, section 5 of the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1* confirmed the opposite-sex meaning of marriage in Quebec.

The recent decisions of the Ontario Divisional Court and the Quebec Superior Court are inconsistent with these earlier statements of Parliament. Indeed, the Quebec Superior Court decision declared the last two unconstitutional. This has caused concern among some people in Canada that the courts may be "over-stepping" their constitutional role by overruling the expressed will of Parliament. However, under the Constitution, Parliament and the courts have complementary roles. In reviewing the law on marriage, two courts

have set out new interpretations on the scope of the Charter equality guarantees. It is now up to Parliament to review its approach to marriage in light of these new decisions.

What are others doing?

Canada is not the first country in the world to address whether and how to legally recognize same-sex unions. Indeed, Canada is coming to the debate later than many countries. Several countries have debated this issue for many years and have come up with a variety of approaches, ranging from same-sex marriage in the Netherlands to the legal recognition of domestic partners, registered partnerships and civil unions in Scandinavia, parts of Europe and parts of the United States. Although some of these approaches appear to be similar, each is quite different, as it has been created to fit the particular society and to comply with the specific constitutional and legal structures in each country. Most countries have decided to retain marriage as an opposite-sex institution, and none has decided to leave marriage exclusively to religion and stop recognizing it in law. In Canada, three provinces —Quebec, Nova Scotia and Manitoba — have passed legislation on the subject, and Alberta has begun public discussions.

In each instance, there has been widespread debate on the approach chosen, and no two approaches have been exactly alike. Moreover, in each instance, the legal effect of the registration is ordinarily restricted to that country, as there is currently no means to ensure recognition of same-sex relationships by other countries.

The wide variety of approaches shows that the issue is complex. A brief summary of some of these models follows:

Within Canada

Four provinces have enacted or are considering laws relating to same-sex unions. Quebec, Nova Scotia and Manitoba have enacted legislation that allows gay and lesbian couples as well as opposite-sex couples to record their relationships in a civil registry. Alberta has set out in its *Marriage Act* a definition of marriage that requires partners to be

of opposite sex for the purposes of solemnization. Alberta, in a bill before their legislature, has also raised the possibility of legal recognition for unmarried couples. Some details are set out below. In addition to these laws, most provinces and territories have now also legislated to provide some or all of the benefits and obligations of married couples to common-law gay and lesbian couples under provincial and territorial laws.

Quebec

Bill 84 — *An Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation* — was passed by the National Assembly in June 2002. The Act amends the *Civil Code* and a number of other provincial laws to create a new status of civil union partners (open to both unmarried opposite-sex and same-sex conjugal partners). Civil union partners have almost all of the same benefits and obligations under provincial law as married couples do, including the legal relationship between the partner and any children. A civil union can be dissolved by a court judgment, a notarized joint declaration (under some circumstances) or upon the death of one of the partners. A partner to a civil union cannot marry without first dissolving the civil union.

While ensuring equal treatment, the Act makes it clear that civil unions are not marriages, and retains some legal distinctions between the two. For example, some provisions of the *Civil Code* that relate to legal separation continue to apply only to married couples.

Nova Scotia

Nova Scotia has recently legislated domestic partnership registration for unmarried opposite-sex or same-sex conjugal couples. On registration, the partners have most of the same benefits and obligations as married couples under provincial law, with some exceptions such as adoption. A domestic partnership is automatically dissolved if one of the partners marries another person; it can also be dissolved by a separation agreement, an executed statement of termination by both parties, or by a separation of more than one year, if one or both partners intend not to continue the relationship.

Manitoba

Bill 53, the *Common-Law Partners' Property and Related Amendments Act*, was passed by the Legislature in August 2002 but has not yet been brought into force. The Bill provides for the registration of two unmarried opposite- or same-sex adults as common-law partners. Where common-law partners choose not to register, they are deemed to be included after they have cohabited for the period of time specified in each statute. This is similar in many ways to the law in Nova Scotia, although the registered relationship is not automatically dissolved where one partner marries another person, and can only be dissolved after at least one year of separation.

Alberta

In 2000, Alberta amended the provincial *Marriage Act* to add a specific reference to the opposite-sex meaning of marriage and a notwithstanding clause, as follows:

> "s. 1 In this Act, …
> (c) "marriage" means a marriage between a man and a woman …
>
> s. 2 This Act operates notwithstanding
> (a) the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* …"

In May 2002, the Alberta Minister of Justice tabled Bill 30 — the *Adult Interdependent Relationships Act* — in the Legislative Assembly. The Bill would provide for the legal recognition of partnership contracts between two unmarried adults, whether or not they are in a conjugal relationship, with the same benefits and obligations under provincial law as married couples. As with common-law partners, adults in relationships of dependency would be deemed adult interdependent partners after three years of cohabitation, even in the absence of a contract.

Other countries

European laws demonstrate a variety of approaches to the legal recognition of same-sex couples. From time to time, there is some confusion in the descriptions of some of these systems, and registered partnerships may be improperly described as marriages.

Same-sex marriage — Only one country in the world, the Netherlands, currently allows for same-sex marriage. The legislation setting up same-sex marriage is separate from that for traditional marriage, and there are some differences in how same-sex and opposite-sex couples are treated under law. For example, the law specifies that same-sex marriage is valid only within that country. The Netherlands first legislated a registered partnership model for same-sex couples and then, several years later, enacted same-sex marriage. Belgium, which has a registered partnership model, is currently debating legislation similar to that of the Netherlands.

Registered partnership models — Many countries in Scandinavia and Europe, and two states in the United States (Vermont and Hawaii), have recently reformed their laws to extend benefits and obligations to same-sex couples by creating a new legal relationship called a registered partnership or a civil union. There are two basic models.

Denmark and Vermont have created registered partnerships open to gay and lesbian couples. Registering a partnership gives a gay or lesbian couple many of the same benefits and obligations as married couples have, usually with the exception of access to adoption and religious marriage. Dissolving the partnership requires "de-registration" through a process provided for in the jurisdiction's divorce legislation.

Finally, France, Belgium and Hawaii have systems that extend beyond conjugal couples to include other relationships between unmarried adults, although they take different approaches because of concerns expressed during the legislative process about preserving the institution of marriage. France recently created a PACS system (pacte civil de solidarité) that allows the registration of private contracts between two unmarried and

unrelated individuals, granting access to some benefits and obligations similar to those for married couples. The original proposal had included the possibility of two relatives registering, but there were objections, as some saw this as a possible erosion of the restrictions on marriages between persons who are too closely related ("prohibited degrees of consanguinity"). Belgium and Hawaii have adopted a different approach, allowing any two unmarried adults, including relatives (for example, two elderly siblings living together or an adult child living with an elderly parent) to register. However, in Hawaii, common-law opposite-sex couples may not register, so that there can be no officially recognized alternative to marriage.

Defence of Marriage Acts — In the United States, the federal government and a significant number of state legislatures have passed "Defence of Marriage Acts" to confirm the opposite-sex meaning of marriage. The federal Act allows a state to decide not to recognize unions of same-sex couples as marriages, even in cases where a couple's union has been recognized as a marriage in another state. In some states, such as Alaska and Hawaii, debate on this question and court decisions have prompted state legislatures to make amendments to their constitutions to preserve the opposite-sex meaning of marriage.

What questions need to be decided in Canada?

The current public debate and recent court challenges to the constitutionality of the opposite-sex requirement for marriage have lent new focus to the question "What is the role of the state in defining the legal requirements for marriage?" As part of this important debate, the people of Canada will be asked to reflect on several fundamental, philosophical questions about the importance of marriage in our society, about how the state can best support marriage, and about the meaning and importance of equality in our society:

- Does marriage have a continuing role in our modern society and, if so, should this be reflected in our laws?

- If marriage has a continuing role in our society and in our laws (beyond its significance for the couple), how can Parliament best act to support marriage?

- If marriage does not have a broader continuing societal role, should governments stop regulating relationships and leave the question of marriage to individuals and their religious institutions? If this happened, what would be the result for individuals on the breakdown of a relationship? Should Parliament continue to have a role in protecting a vulnerable partner and any children, or should there be no legal consequences for those who enter into or leave relationships? If governments do have a continuing role in regulating legal consequences for relationships, how can Parliament best accomplish it?

- Do committed conjugal relationships other than marriage have a role in our modern society? If so, is that role different from the one played by marriage? If so, what is the difference? How should other committed conjugal relationships be treated in our laws?

- Now that federal laws and laws in most provinces and territories grant almost all of the same benefits and obligations of marriage to unmarried couples and their children, is there still a need for governments to regulate marriage as distinct from other conjugal relationships, or should the state regulate all such relationships under the same statute?

- If we want society and the law to support and respect both marriage and other committed conjugal relationships equally, how can this best be achieved? Does equality mean that social institutions, like marriage, are open to same-sex committed conjugal partners?

How we answer these questions will help narrow down the range of choices as we examine the following possible approaches.

Possible approaches

What should marriage look like in Canadian law? The spectrum of possible approaches, outlined below, would have an array of different consequences.

Marriage could remain an opposite-sex institution, either by:

- legislating the opposite-sex requirement for marriage; or by
- restating the opposite-sex meaning of marriage in the preamble of a new piece of legislation that would create an equivalent to marriage for federal purposes (either civil union or domestic partnership) for other conjugal relationships; or

Marriage could be changed to also include same-sex couples by:

- legislating to give same-sex couples the legal capacity to marry; or

With the cooperation of the provinces and territories, Parliament could leave marriage to the religions by:

- removing all federal references to marriage, and replacing them by a neutral registration system for all conjugal relationships, leaving marriage exclusively to individuals and their religious institutions.

Each approach would have to be undertaken in a way that complied with the constitutional division of powers and the Charter. Each approach is examined in greater detail below.

Marriage could remain an opposite-sex institution

What would this look like?

If Parliament chooses to keep marriage as it is, that is the "union of one man and one woman," this opposite-sex meaning could be set out explicitly in a new federal law. In that case, this could be a clear expression of what Parliament believes marriage is, but would not address the equality concerns of same-sex couples.

If Parliament wished to also address some of the equality concerns, it could enact a new federal statute creating a new registry that would be deemed equivalent to marriage for the purposes of federal laws and programs. This new civil union or domestic partner registry could either be open only to same-sex couples (in the way that marriage would be open only to opposite-sex couples), or it could be open both to same-sex couples and to opposite-sex couples who choose not to marry. The federal statute creating this new registry could include a provision stating that marriage is an opposite-sex institution.

What would this do?

- Keeping the opposite-sex meaning of marriage would be consistent with what has been done by the majority of countries that have addressed this question. It would satisfy those who do not believe that the meaning of marriage can or should be changed to address equality concerns.

- It would not be viewed by all as fully addressing equality concerns under s. 15 of the Charter, and so it would likely be challenged under the Charter as discriminatory. Although this question has not been decided by the courts, both the Québec and Ontario decisions suggest that a civil registry may not be enough to meet equality concerns. If the new registry is open to both same-sex and opposite-sex couples, then opposite-sex couples would still have an additional choice that is not open to same-sex couples (i.e., the choice to marry). If the new registry is open to same-sex couples

only, then some may see the creation of the new registry as having a discriminatory purpose of keeping same-sex couples out of the institution of marriage by creating a parallel institution.

- If the opposite-sex meaning of marriage ultimately withstands the current constitutional challenges, this legislation would too.

- If the courts ultimately rule that preserving marriage as an opposite-sex institution is a violation of the Charter, but Parliament wished to maintain the opposite-sex requirement for marriage, legislation to do so would require Parliament to use section 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the "notwithstanding" clause. This clause has never been used by Parliament. The Charter provides that when Parliament uses the notwithstanding clause to enact a piece of legislation, the legislation must be reviewed by Parliament every five years. Invoking the "notwithstanding" clause in legislation reaffirming the opposite-sex meaning of marriage would guarantee that the issue would be debated again in five years' time.

- Or Parliament could choose to combine the statement of the opposite-sex meaning of marriage with the creation of a new registry that is equivalent to marriage. However, the federal Parliament acting alone does not have the authority to make the registry apply for all purposes.[8] All of the provinces and territories would have to agree to pass complementary legislation for the new civil union or domestic partnership to apply evenly throughout Canada. Otherwise, the registration would be limited to federal statutes and programs. The fact that the registry would not apply evenly across Canada may result in claims of discrimination as gay and lesbian couples would not be treated in law as equivalent to married in all jurisdictions.[9]

---

[8] The federal legislation could provide that where a couple has registered their civil union (or domestic partnership) with the province in which they live, that registration would also apply for federal statutes and programs. Only Nova Scotia, Quebec and Manitoba now allow for such registrations, and so the legislation would also have to create a federal registry for couples who live in provinces without such registries, for federal purposes only.

[9] Without complementary provincial legislation, if a couple lived in a province that did not register civil unions or domestic partners, they would only be recognized for provincial purposes if they qualified as a

- If the relationship between partners to a civil union or registered domestic partnership breaks down, federal legislation could only set out how a couple could "de-register" for federal purposes.[10] If there were no complementary legislation by the provinces and territories, matters of support, division of property and parental responsibility could be resolved only if the couple qualified as common-law partners under provincial or territorial law.

Marriage could be changed to also include same-sex couples

What would this look like?

Parliament could choose to legislate to change marriage to give same-sex couples the legal capacity to marry. Current federal, provincial and territorial laws, regulations and programs that refer to married couples would not need to be amended but would simply apply to marriages between two persons of the same sex. However, the new legislation would also have to indicate how some of the other common law rules of legal capacity to marry that are currently set out in opposite-sex terms would apply.[11] Also, some statutes, such as the *Divorce Act*, that use language based on the opposite-sex meaning of marriage, would need adjustment.

What would this do?

- This would fully address equality concerns.[12]

---

common-law couple. This might also cause some difficulties for the couple if they move to a different province.

[10] The federal Parliament has the constitutional authority over divorce, but as this is not a divorce, the authority would be under "property and civil rights", which is within the mandate of the provincial and territorial legislatures.

[11] For example, some of the other rules on legal capacity for marriage set out their requirements in opposite-sex terms, such as laws which prohibit marriages where two individuals are too closely related (prohibited degrees of consanguinity) and would have to be adjusted.

[12] In provinces and territories that legislate against the solemnization of same-sex marriage, such as Alberta, there would likely be further Charter challenges.

- These marriages would likely be valid only within Canada, as there is currently no legal mechanism for recognition of same-sex marriages outside our borders.

- There might be concern by some that religious officials might be forced to perform same-sex marriages. Both the Ontario and Quebec decisions suggest that the Charter would not require religious officials to conduct marriage ceremonies that were contrary to their religious beliefs. However, the federal, provincial and territorial governments could agree to look at whether some additional changes to the law are necessary (likely primarily to provincial and territorial laws[13]).

- Another way of ensuring that religious officials are not required to marry couples against their beliefs would be to remove all legal effect from religious marriage. This would mean couples would have to have a civil marriage, even where they also had a religious marriage, before it would be recognized in law. If Parliament chose this approach, the equality concerns could be fully addressed in civil marriage, without parallel changes to religious marriage. However, the only way to remove all legal effect from religious marriage would be for the provinces and territories to make changes in their solemnization laws.[14]

- Completing the separation of religious and secular marriage may be objectionable to many religions, which may want legal recognition for the marriages they perform, and whose members may feel marginalized by no longer receiving legal recognition for their religious marriages.

---

[13] Some provinces and territories already have provisions in their human rights codes that allow exceptions for religious organizations for some purposes, or state in solemnization rules that religious organizations can refuse to marry a couple. Federal, provincial and territorial human rights laws may need to be reviewed.

[14] Again, federal, provincial and territorial human rights laws may need to be reviewed to allow full assurance to the religions that they could continue to set additional requirements for religious marriage that are consistent with their beliefs.

With the cooperation of the provinces and territories, Parliament could leave marriage to the religions

Parliament could choose to underscore the division of church and state in Canada by making a clearer distinction between the role of Parliament and that of the religions in the area of marriage. To accomplish this goal, all legal effect could be removed from marriage, leaving marriage exclusively to the religions. This would require the full cooperation of all provinces and territories.

What would this look like?

Parliament could repeal all federal law on marriage and all references in federal law and programs to marriage. These would be replaced with a new registry for opposite-sex and same-sex couples using neutral language, for example, registered partner. Existing marriages could be deemed to be included, but all new relationships would be required to be registered under the new system in order to be recognized in law. Federal divorce laws would apply only to existing marriages, and the breakdown of registered relationships would be governed by provincial and territorial law. A couple could choose to be married by a religious official, but that marriage would have no effect in law unless the couple also registered in the new system. Each religion would decide whether to perform marriage only for opposite-sex couples or also for same-sex couples.

What would this do?

- This approach would work only with the full cooperation of all provinces and territories as the new registry would replace provincial and territorial marriage registries and civil union and domestic partner registries.

- If provinces and territories decided instead to continue to exercise their constitutional jurisdiction to solemnize marriages, this approach would not work for two reasons. First, there would be no federal law setting out who can get married, meaning that

either the Charter equality concerns would continue regarding the opposite-sex meaning of marriage (since the federal common law on this legal issue would still exist and so be open to challenge), or court decisions on the equality issue would have to fill the gap created in the federal law. Second, if provinces and territories continued to elect to solemnize marriages, there would no longer be any law on divorce that applied to these new marriages. Parliament could be criticized for not exercising its authority over divorce to protect vulnerable partners and children.

- If there were full cooperation by all provinces and territories, a uniform registry system could allow for legal recognition of committed conjugal relationships (either opposite sex or same sex) and full and equal treatment. There would no longer be any references to marriage in any federal law, but existing marriages and new registrations would be eligible for the full range of benefits and obligations under law.

- As marriage would no longer exist in law, laws regarding the legal consequences of the breakdown of marriages on divorce would apply only to existing marriages. Provincial and territorial law would apply to the breakdown of any relationships in the new registry, including those where a religious marriage had taken place.

- This new registry would be difficult to challenge before the courts, because all couples would be treated the same way. However, it would likely concern those who believe that marriage should be legally recognized and may make them feel that their beliefs have been marginalized. It could also create difficulties if a couple moved to another country. First, the other country would have to determine if the marriage was legally valid there, and second, a couple moving to Canada who had been married elsewhere might have difficulties getting a divorce.

How can you join the debate?

While the government has the responsibility to make laws and policies, individuals have a fundamental role to play in making their views known to their elected representatives on difficult questions that will shape our future. This paper reflects one way of viewing this question. You may have another way.

The House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights will soon announce a process for hearing from Canadians on how to reconcile the traditional definition of marriage and the recognition of gay and lesbian unions within the framework of the Canadian Constitution and its equality guarantees. In the meantime, you can also write directly to your Member of Parliament or Senator, or send your views to the Minister of Justice at Room 100, 284 Wellington Street, Ottawa, Ontario K1A 0H8, or by e-mail at marriage@justice.gc.ca.

© CANADA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2002
PERMISSION TO REPRODUCE GRANTED TO HER MAJESTY IN RIGHT OF CANADA, AS REPRESENTED BY THE DEPARTMENT OF JUSTICE, ON 3RD OF DECEMBER, 1996. ALTHOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENT, THE DEPARTMENT OF JUSTICE ASSUMES NO RESPONSIBILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

REPRODUCTION IN WHOLE OR PART THROUGH MICROMEDIA IS PERMITTED, SUBJECT TO THE FOLLOWING RESTRICTIONS. TRANSLATIONS AND MODIFICATIONS ARE NOT PERMITTED.

ALTOUGH EVERY EFFORT HAS BEEN MADE TO ENSURE THE ACCURACY OF ITS CONTENT, NO REPRODUCTION BY MICROMEDIA SHALL SUGGEST THAT THE MINISTER OF JUSTICE ASSUMES ANY LIABILITY FOR THE ACCURACY OR RELIABILITY OF THE INFORMATION CONTAINED HEREIN.

Micromedia
ProQuest

20 Victoria Street
Toronto, Ontario M5C 2N8
Tel: (416) 362-5211
Toll free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161

Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe

Document de travail

Novembre 2002

Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada
Canada

Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe

---

Document de travail

Novembre 2002

Table des matières

Message du Ministre 1
Solliciter les points de vue de la population 3
- Éventail des points de vue 6
- Cadre juridique actuel 9
- Mariage religieux et mariage civil 11
- Décisions récentes des tribunaux 13
- Le rôle du Parlement et des tribunaux 15

Que font les autres? 16
- Canada 17
  - Québec 17
  - Nouvelle-Écosse 18
  - Manitoba 18
  - Alberta 18
- À l'étranger 19

Quelles questions faut-il régler au Canada? 21
Approches possibles 22
- *Le mariage pourrait demeurer une institution visant deux personnes de sexe opposé* 24
- *Le mariage pourrait également englober les conjoints de même sexe* 27
- *Avec la collaboration des provinces et des territoires, le Parlement pourrait laisser le mariage aux institutions religieuses* 29

Comment peut-on participer au débat? 31

Message du Ministre

Le mariage a fait l'objet de maints débats au cours des dernières années. Rarement un sujet aura touché autant de gens. En fait, tout le monde a une opinion : les personnes mariées, celles qui ont choisi de ne pas se marier ou de ne pas se remarier, et celles qui n'ont pas eu la possibilité de faire un choix. Ces opinions sont fondées sur l'expérience personnelle de chacun, sur les expériences des parents, des enfants et des familles, des amis et voisins, et sur les valeurs fondamentales et croyances de chacun.

Le débat sur le mariage a commencé bien avant les dernières contestations judiciaires quant à la constitutionnalité de l'exigence voulant que le mariage soit l'union « d'un homme et d'une femme ». Au Canada, mais également dans le monde entier, particuliers et gouvernements se sont demandés si le mariage continue de représenter une valeur pour la société, et, dans l'affirmative, de quelle façon l'État devrait-il reconnaître en droit les couples mariés. Tout comme les citoyens de nombreux pays, la population canadienne est divisée à ce propos. Certains affirment que les gouvernements devraient continuer d'appuyer le mariage en tant qu'institution de personnes de sexe opposé, étant donné que les couples mariés et leurs enfants constituent l'unité principale sur laquelle notre société est fondée. D'autres estiment que, pour des motifs d'égalité, les gouvernements devraient traiter de façon identique toutes les relations conjugales - que les conjoints soient de même sexe ou de sexe différent. D'autres pensent que dans une société moderne, les gouvernements devraient cesser de favoriser une forme de rapports personnels plutôt qu'une autre et que le mariage devrait être supprimé des lois et laissé aux personnes en cause et à leurs institutions religieuses.

Au cœur de ce débat, des contestations récentes aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés* visant l'obligation selon laquelle un mariage est l'union légitime d'« un homme et d'une femme » sont actuellement devant les tribunaux de trois provinces : la Colombie-Britannique, l'Ontario et le Québec. Ces contestations ont eu des résultats divergents en première instance. Ces trois décisions sont maintenant en pourvoi d'appel. Le gouvernement espère bénéficier de l'orientation que donneront les cours d'appel à ces enjeux juridiques.

Mais le mariage n'est pas seulement une question de droit. Les procès intentés visant à contester le fait que le mariage est une union de personnes de sexe différent donnent un nouvel éclairage au débat visant l'avenir du mariage au Canada. Ces contestations judiciaires montrent que le mariage représente une valeur constante tant pour ceux qui

cherchent à conserver le mariage comme une union de personnes de sexe opposé que pour ceux de la communauté homosexuelle qui veulent se marier. La population canadienne et ses représentants doivent maintenant décider si le mariage devrait demeurer une institution pour personnes de sexe opposé, peut-être parallèlement à la création d'un nouveau registre des unions civiles qui seraient réputées être l'équivalent d'un mariage aux fins des lois et programmes fédéraux, devrait être changé afin d'inclure les couples de même sexe, ou encore ne plus figurer du tout dans les lois.

Le gouvernement du Canada estime que le Parlement est le meilleur endroit où nous devrions, à titre de société, traiter de cette question. Parmi ceux qui ne sont pas d'accord avec les décisions des tribunaux de première instance de l'Ontario et du Québec, certains se sont dits préoccupés du fait que les tribunaux et non les députés élus prennent la décision de changer des institutions sociales fondamentales. À mon avis, les rôles du Parlement et des tribunaux ne s'opposent pas, mais ils se complètent. Lorsque la *Charte canadienne des droits et libertés* a été ajoutée à notre Constitution en 1982, le Parlement et les législatures ont donné à la population canadienne le droit explicite de contester des lois devant les tribunaux. Par ailleurs, notre Constitution dit clairement que le Parlement a un rôle essentiel à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer des questions sociales importantes. Les récentes décisions des tribunaux ont reconnu l'importance de ce rôle, et nous avons l'intention de le remplir de manière responsable.

La question dont nous discutons est complexe. Chaque point de vue sur la meilleure façon de concilier le sens traditionnel du mariage et la reconnaissance des engagements fermes entre homosexuels, dans le cadre de notre Constitution et de nos garanties d'égalité, mérite d'être entendu. Je sais que la population du Canada trouvera un moyen de régler cette question conformément à nos valeurs sociétales, tout en respectant la Constitution et les rôles du Parlement et des tribunaux. Le Comité parlementaire abordera cette question et j'attends avec intérêt les avis de la population canadienne ainsi que les recommandations du Comité.

Le ministre de la Justice et procureur général du Canada,

Martin Cauchon

Solliciter les points de vue de la population

Selon la loi canadienne, la notion juridique du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne date d'avant même la Confédération. On pensait que ce concept était si clair qu'il n'était pas nécessaire de l'inclure dans une loi fédérale, sauf dans certains textes législatifs récents concernant le Québec. Les juges ont inclus dans la common law cette exigence que les tribunaux appliquaient régulièrement au Canada (sauf au Québec). Au Québec, le même concept du mariage existait dans le *Code civil* avant la Confédération, et il a été confirmé dans une loi fédérale (article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*)[1].

Le mariage comprend de nombreux aspects – social, religieux, émotionnel et financier, entre autres. Il entraîne également des conséquences d'ordre juridique, y compris tout un éventail d'avantages sociaux et d'obligations en vertu de lois fédérales, provinciales et territoriales. Les gouvernements fixent les conséquences juridiques du mariage pour protéger un conjoint vulnérable et les enfants et, surtout, leur assurer des soins en cas de décès d'un conjoint ou de rupture du mariage.

Nombre de conséquences juridiques du mariage, y compris cet éventail d'avantages sociaux et d'obligations en vertu des lois fédérales, provinciales et territoriales, pourraient également s'appliquer aux autres unions de personnes fermement engagées l'une envers l'autre, notamment les conjoints de fait. Au niveau fédéral, le Parlement a commencé à élargir certaines conséquences de nature juridique aux conjoints de fait dans les années 1960, quelque 20 ans avant l'avènement de la Charte. À titre d'exemple, l'avantage au survivant dans le cadre du *Régime de pensions du Canada* est disponible au survivant d'une union de fait d'au moins un an. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, une série de décisions des tribunaux a étendu des avantages et des obligations aux couples vivant

---

[1] L'article 5 dit : « Le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et une femme à se prendre mutuellement pour époux. » La Cour supérieure du Québec a dernièrement déclaré cet article inconstitutionnel.

une relation conjugale ou de type matrimonial, y compris les conjoints de même sexe, sur la même base que ceux conférés aux couples mariés.

En 2000, le Parlement a décidé d'adopter la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, étendant des avantages et des obligations en vertu de 68 lois fédérales aux couples de sexe opposé et aux couples de même sexe vivant en union de fait. La majorité des conséquences juridiques du mariage prévues dans les lois fédérales s'appliquent maintenant à tous les couples liés par une union de fait. Nombre d'avantages et d'obligations conférés aux couples mariés en vertu des lois et programmes provinciaux et territoriaux sont accordés en toute égalité aux couples vivant en union de fait, tant homosexuels qu'hétérosexuels, dans la plupart des provinces et territoires.

La question de savoir s'il convient d'octroyer les mêmes avantages et d'imposer les mêmes obligations aux conjoints de fait qu'aux couples mariés fait l'objet de débats. Certains se demandent s'il faut inclure les conjoints de fait uniquement dans ce qu'on appelle les lois publiques (ou les lois qui régissent les relations entre les gouvernements et les particuliers, notamment le *Régime de pensions du Canada*) et non dans les lois privées (ou les lois qui régissent les obligations entre deux personnes, comme le droit de la famille). Si deux personnes ont choisi de ne pas se marier, certains pensent que ce choix devrait être respecté et que ces personnes ne devraient pas être tenues en vertu de la loi d'avoir les mêmes obligations mutuelles, y compris au moment de la rupture de leur union.

Les provinces et les territoires ont des approches différentes à cet égard, ce qui reflète la diversité des points de vue. La loi vise à trouver l'équilibre entre l'autonomie individuelle et la protection des conjoints vulnérables et des enfants. Dans le régime fédéral, les unions de fait sont incluses dans les avantages et les obligations après un an de cohabitation (modèle d'attribution), afin de protéger les conjoints vulnérables de façon égale. Il y a deux raisons à cela. En premier lieu, si les couples mariés ou les conjoints de fait doivent s'adresser à un avocat pour se soustraire légalement à certains avantages ou obligations, les lois doivent plus facilement garantir que le choix est fondé sur des

conseils juridiques quant aux incidences de ce choix qui doit être fait par les deux conjoints en toute égalité. En deuxième lieu, si on demande aux couples de choisir de s'inscrire, ils pourraient faire un choix selon les circonstances du moment, et ils pourraient décider par exemple qu'ils n'ont pas besoin de l'avantage au survivant parce que les deux conjoints ont droit à leur propre pension; cependant ils ne seraient alors plus protégés en cas de changement imprévu dans leur situation[2].

S'il existe un traitement égal en ce qui a trait aux avantages sociaux et aux obligations, certains se demandent pourquoi les couples homosexuels veulent encore se marier. Les demandeurs dans les procès actuels font valoir trois raisons. Premièrement, certains couples homosexuels estiment qu'il y a une différence qualitative entre les unions de fait et le mariage. Le mariage est une cérémonie au cours de laquelle les deux conjoints annoncent officiellement à leur famille, à leurs amis et à l'État leur engagement l'un envers l'autre et leur intention de faire durer leur union. Les couples homosexuels ne trouvent pas acceptable un équivalent au mariage, sanctionné juridiquement, même quelque chose qui ressemblerait au mariage, car cela ne leur conférerait pas une reconnaissance égale et entière de leur union. Deuxièmement, la loi fédérale actuelle stipule que les couples homosexuels doivent attendre un an pour être admissibles aux avantages et assujettis aux obligations en vertu des lois fédérales, comme tous les couples de fait, alors que les couples mariés sont immédiatement reconnus après l'enregistrement de leur mariage. Selon certaines lois provinciales, la période d'attente est plus longue, allant parfois jusqu'à trois ou cinq ans. Certains couples homosexuels soutiennent qu'ils ne devraient pas avoir à attendre alors qu'ils sont tout autant engagés l'un envers l'autre que les conjoints d'un mariage. Enfin, certains couples homosexuels ont la ferme opinion que l'accès au mariage est nécessaire pour conférer la pleine protection de la loi à leurs

---

[2] D'autres arguments ont été mis de l'avant. Certains ont suggéré que si un conjoint ne veut pas se marier pour en éviter les conséquences juridiques, il est peu probable que ces conjoints se déclarent comme conjoints de fait. Certains ont également suggéré que les lois ne devraient pas reconnaître « le libre choix » des couples avec enfants, qui ne se marient pas, puisque si l'union est rompue, cette rupture peut affecter la vie des enfants qui n'ont pas choisi. D'autres allèguent qu'il ne convient pas de permettre aux couples de choisir d'endosser des obligations car si les obligations du droit privé ne s'appliquent pas à la rupture de l'union, il faut généralement avoir recours à des programmes publics tels que le supplément de revenu garanti en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

familles et à leurs enfants, car ils craignent que leurs enfants soient stigmatisés par l'absence de reconnaissance juridique de leur union.

Éventail des points de vue

Le débat dans les médias et le public au cours des dix dernières années révèle que la population canadienne a de nombreuses idées différentes à propos du mariage. Les conclusions des sondages, qui comprenaient également des questions sur les mariages, sur les couples homosexuels et la discrimination depuis au moins dix ans, témoignent de l'existence du débat en cours et de l'intérêt du public à l'égard de ces enjeux.

Dans un sondage résumé dans le rapport d'Angus Reid (mai-juin 1998), 75 p. 100 des répondants ont convenu que les lois sur les droits de la personne au Canada devraient protéger les gays et lesbiennes contre la discrimination à cause de leur orientation sexuelle. Près de deux répondants sur trois (63 p. 100) dans un sondage de novembre 1999 d'Angus Reid commandité par le ministère de la Justice du Canada, ont déclaré que les conjoints d'employés homosexuels devraient avoir droit aux mêmes avantages sociaux que les conjoints des employés de sexe opposé.

Selon les sondages, il semble y avoir une augmentation de l'appui à la reconnaissance du mariage de conjoints de même sexe. En 1993, 37 p. 100 des répondants étaient en faveur de la possibilité pour les conjoints de même sexe de se marier, et ce nombre est passé à 49 p. 100 en 1996. Un sondage mené en février 2002 par Environics pour le compte du Centre de recherche et d'information sur le Canada a montré que 53 p. 100 des répondants étaient en faveur du mariage des couples homosexuels, et que 40 p. 100 s'y opposaient.

Les avis de la population canadienne sont partagés quant à la façon de traiter de cette question. Nombre de personnes au Canada estiment que le mariage est essentiel pour notre société et que sa fonction première est de créer une fondation stable pour soutenir et faciliter la procréation et permettre d'élever des enfants. Elles pensent donc que le

mariage de conjoints de sexe opposé est une exigence essentielle reconnue précisément à cause de son lien à la procréation. À leur avis, le mariage est une institution sociologique et religieuse fondée sur le fait biologique que l'enfant naît de conjoints de sexe opposé, et que les couples qui donnent naissance à la majorité des enfants les élèvent également, même lorsqu'il s'agit de familles reconstituées. Même si le mariage ne vise pas *seulement* la procréation, la possibilité d'avoir des enfants et de les élever constitue un facteur essentiel de cette institution, comme l'illustre le fait qu'un mariage peut être annulé en raison d'impuissance[3], selon la common law. Étant donné que la majorité des enfants canadiens naissent de couples mariés qui les élèvent, certaines personnes pensent que l'État a un intérêt logique à favoriser le mariage et à le conserver exclusivement pour les conjoints de sexe opposé afin d'assurer la stabilité et le soutien des enfants. Cette notion du mariage est reflétée dans des enseignements religieux dans la plupart des religions du monde.

Pour d'autres personnes au Canada, il s'agit d'une question fondamentale d'égalité et du droit de participer pleinement à notre société. À leur avis, le choix de se marier devrait être offert aux conjoints de même sexe tout comme aux conjoints de sexe opposé. Ces personnes soulignent l'importance fondamentale, dans la loi canadienne, des garanties à l'égalité qui protègent les particuliers et les groupes contre toute discrimination. Certains conjoints de même sexe veulent avoir accès au mariage, car celui-ci représente la reconnaissance publique et l'expression du soutien à leur engagement mutuel et la confirmation que leur union a tout autant de valeur pour la société que celle des couples mariés. Certains avantages pratiques se rattachent au mariage; il peut créer par exemple des rapports plus clairs entre le conjoint du parent et les enfants que les deux conjoints peuvent élever, sans que ces derniers soient obligés de les adopter.

D'autres personnes au Canada pensent que le but du mariage a évolué. Elles font remarquer le nombre grandissant de divorces et d'unions de fait, et elles soutiennent comme preuve que le mariage ne favorise plus la stabilité sociale, bien qu'il permette

---

[3] Tel n'est pas le cas dans le droit civil (voir *Gibeault* c. *Campeau*, (1977) C.S. 717, page 718; *P.G. Québec* c. *K.*, (1947) B.R. 566, page 571; *Brunett* c. *Worthington*, (1951) C.S. 50; *Beaulne* c. *Thessereault*,

encore d'exprimer publiquement l'engagement de l'une envers l'autre. Les personnes qui considèrent le mariage comme l'expression d'un engagement plutôt qu'un instrument de stabilité sociale soutiennent que les conjoints de même sexe ayant exprimé leur engagement l'un envers l'autre devraient avoir tout autant le droit d'enregistrer officiellement leur union civile que ceux qui se marient. D'autres soulignent que les origines sociologiques et historiques du mariage ne reposent pas sur des croyances religieuses, mais plutôt sur la notion de propriété. Plus précisément, l'institution du mariage a été créée pour régir le transfert des biens, y compris les femmes et les enfants, entre familles fortunées. Ce n'est que plus tard que ce contrat a été sanctifié par la religion. C'est pourquoi certains pensent que l'origine même de l'institution du mariage devrait lui enlever sa validité actuelle, et certains pensent même que le mariage ne pourra jamais être un partenariat à parts égales à cause de ses origines. Ils soutiennent, comme d'autres, que l'État devrait cesser de réglementer le mariage, et que celui-ci devrait relever uniquement des personnes touchées et de leurs convictions.

Enfin, certaines personnes estiment que le mariage, ainsi que la stabilité qu'il apporte aux familles et à la société, est maintenant affaibli par le nombre grandissant d'unions de fait. Dans cette optique, le mariage ne peut être renforcé que par un encouragement social des rapports moins officiels, même si cela signifie l'encouragement au mariage des conjoints de même sexe tout comme des conjoints de sexe opposé ayant exprimé leur engagement l'un envers l'autre. Elles affirment que si les gouvernements reconnaissent des formes parallèles de rapports en dehors du mariage, offrant ainsi plus de choix, cela risque d'éroder davantage une institution sociale importante, ce qui donnerait moins de stabilité à la société.

Cet aperçu de la gamme d'opinions sur le sujet du mariage de conjoints de même sexe est loin d'être complet, et les audiences du Comité offriront l'occasion d'entendre un éventail de points de vue encore plus large.

(1947); C.S. 24; *C. c. J.*, (1947) C.S. 298, page 299).

La Commission du droit du Canada a également abordé brièvement l'enjeu du mariage dans son rapport *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, déposé au Parlement en février dernier[4]. La Commission du droit a fait un certain nombre de suggestions sur la façon de traiter le mariage et les rapports entre conjoints de même sexe, et celles-ci sont incorporées dans la section *Choix du Parlement* un peu plus loin dans le présent document.

Cadre juridique actuel

Le Canada est une démocratie constitutionnelle. Notre Constitution contient tous les pouvoirs actuels et futurs de l'État. Elle divise le pouvoir de faire des lois entre le Parlement et les législatures provinciales et territoriales, et elle énonce les droits et libertés fondamentales de chacun dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Charte impose des limites aux actes gouvernementaux qui touchent les particuliers, de sorte que les gouvernements agissent dans le respect des droits et libertés individuels. La Constitution donne aux particuliers le droit de contester une loi devant les tribunaux s'ils pensent qu'elle n'est pas conforme à la Charte. Cela comprend la demande aux tribunaux de juger de la validité d'une loi existante.

En divisant le pouvoir de faire des lois, la Constitution divise le pouvoir relatif au mariage entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales et territoriales. Le Parlement fédéral a autorité sur la capacité juridique de se marier (c'est-à-dire qui peut épouser qui)[5]. Les législatures provinciales ont autorité sur la célébration, qui comprend

---

[4] La Commission du droit s'est surtout penchée sur les personnes vivant dans des rapports non conjugaux, notamment un enfant adulte vivant avec un parent âgé, deux frères ou soeurs âgés, ou une personne handicapée vivant avec une personne qui en prend soin. La Commission a suggéré que ces couples soient également admissibles aux avantages et aux obligations d'époux ou de conjoints de fait en vertu de la loi fédérale. La loi fédérale comprend la famille et d'autres rapports non conjugaux entre adultes seulement dans certaines circonstances. Mais il faudra étudier la question en profondeur avant que le Parlement ne prenne une décision quant à savoir s'il convient de traiter les personnes vivant des rapports non conjugaux de la même manière que les époux ou les conjoints de fait dans toutes les lois fédérales, aussi ces suggestions dépassent-elles la portée du présent document.

[5] La capacité juridique se décompose en plusieurs branches, y compris l'exigence visant le sexe opposé (identité et sexe), l'interdiction de mariage entre personnes de liens de parenté trop étroits (degrés interdit de consanguinité), interdictions des mariages lorsqu'un conjoint ou les deux conjoints sont déjà mariés avec

les exigences en matière de licence, de décision quant aux personnes pouvant présider à la cérémonie et la manière de le faire, et d'enregistrement.

Lorsqu'il y a rupture du mariage, la Constitution donne au gouvernement fédéral le pouvoir de réglementer les conséquences juridiques au moyen du divorce. La *Loi sur le divorce* établit le cadre juridique qui s'applique à l'échelle du Canada, qui couvre les motifs de divorce et prévoit des pensions alimentaires pour époux, pour enfants, ainsi que le droit de garde et de visite.

En ce qui concerne les rapports entre couples non mariés, tels que les conjoints de fait, et l'enregistrement (par exemple, les unions civiles ou les partenaires domestiques), le pouvoir juridique est aussi divisé. Étant donné la division constitutionnelle de nos pouvoirs, ni le Parlement fédéral ni une législature provinciale ou territoriale n'a juridiction totale de créer unilatéralement, à toutes fins, une nouvelle forme d'union juridique en dehors du mariage (telle qu'une union civile ou un partenariat domestique) qui aura des conséquences juridiques prévisibles sur le droit fédéral et le droit provincial et territorial, même si chaque ordre de gouvernement a le pouvoir de légiférer en ce qui a trait aux relations autres que le mariage aux fins de ses propres lois et programmes. Les législatures provinciales et territoriales ont l'autorité de réglementer ces rapports personnels sans mariage en regard des lois et programmes provinciaux et territoriaux , y compris la façon de les définir et leurs conséquences, par exemple les lois visant les testaments et les successions. Le Parlement fédéral a également le pouvoir de définir et de réglementer les conséquences juridiques de ces rapports personnels sur ses propres lois et programmes, notamment le *Régime de pensions du Canada.*

Les conséquences juridiques de la rupture des relations entre conjoints non mariés (par exemple, conjoints de fait, unions civiles ou partenariats domestiques), ainsi que la division des biens matrimoniaux en cas de rupture d'un mariage, sont réglementées habituellement par les législatures provinciales et territoriales dans le cadre de leur

---

une autre personne (bigamie et polygamie), et d'autres exigences concernant l'âge minimum, le consentement volontaire et l'impuissance.

autorité sur les biens et les droits civils. Toutefois, quelques lois fédérales établissent des conséquences juridiques de la rupture des rapports matrimoniaux et non matrimoniaux aux fins d'une loi ou d'un programme du fédéral, tels que le *Régime de pensions du Canada.*

Mariage religieux et mariage civil

La Constitution comporte une garantie de la liberté de religion, qui est sanctionnée dans la Charte. Et bien qu'il existe certaines limites légitimes à la liberté de religion, par exemple, lorsque certains autres droits et libertés en vertu de la Charte sont mis en cause, les gouvernements doivent faire très attention de tenir compte dans la mesure du possible de la diversité des croyances religieuses.

Certains se sont dits préoccupés par le fait que si la notion du mariage est changée, les célébrants pourraient être forcés de marier les couples de gays et lesbiennes même si cela va à l'encontre de leur croyance. Aucune des dernières décisions des tribunaux n'a abordé directement cette question, mais la décision de l'Ontario et celle du Québec ont souligné qu'il n'en serait probablement rien. Ce point est abordé en détail plus loin, dans la partie intitulée *Approches possibles*.

Au Canada, les exigences juridiques visant la validité d'un mariage ne sont pas toujours identiques aux exigences religieuses. La plupart des religions ont leurs propres préceptes, au-delà des exigences pour qu'un mariage soit légalement valide. L'Église catholique romaine, par exemple, ne marie pas des cousins germains ou des personnes divorcées dont le mariage n'a pas été annulé. Certaines branches du judaïsme ne marient pas une personne qui a déjà été mariée sans qu'elle ait obtenu un divorce religieux en recevant un « get ». Certains célébrants ne marient pas deux personnes si au moins l'une d'elles n'appartient à leur congrégation.

Lorsque des particuliers se marient dans le cadre d'une cérémonie religieuse, les exigences juridiques et religieuses vont de pair. Les religions peuvent imposer des

exigences supplémentaires aux futurs mariés, mais elles ne célèbrent pas de mariages juridiquement valide à moins que deux personnes qui veulent se marier respectent les exigences fondamentales énoncées dans les lois fédérales, provinciales et territoriales. Par exemple, les personnes qui n'ont pas l'âge minimum prévu par la loi ne peuvent pas être mariées de façon valide dans le cadre d'une cérémonie religieuse.

Les répercussions possibles des différences entre les exigences religieuses visant le mariage ont fait l'objet de débats au moment de la Confédération, ce qui a donné au gouvernement fédéral le pouvoir sur la capacité de se marier afin d'en assurer la cohérence à l'échelle du pays. Ces exigences variées visant le mariage religieux ont mené, au fil du temps, la plupart des pays, dont le Canada, à créer un mécanisme juridique pour un mariage civil ou mariage « à la mairie ». Ainsi, un couple peut se marier légalement lors d'une cérémonie civile au lieu d'une cérémonie religieuse.

Pour de nombreux couples qui se marient au Canada, il est difficile de faire la distinction entre un mariage civil et un mariage religieux. Dans certaines provinces et certains territoires, si un couple se marie religieusement, il n'a pas nécessairement besoin d'une licence, à condition de répondre aux exigences juridiques[6]. D'habitude, c'est le célébrant procédant à la cérémonie du mariage qui s'occupe de l'enregistrement faisant reconnaître la validité juridique du mariage. Quoi qu'il en soit, au Canada, le célébrant a le droit de suivre les rites du mariage de son choix, mais la cérémonie n'aura de conséquences juridiques que si elle répond aux exigences des lois fédérales et provinciales ou territoriales. C'est pourquoi les autorités religieuses doivent être autorisées, en vertu de la loi provinciale ou territoriale qui les habilite, à célébrer des cérémonies reconnues par la loi.

---

[6] Certaines provinces permettent aux religions, dans le cadre de leurs traditions, de lire publiquement les « bans » au lieu d'émettre une licence de mariage. Dans ce cas, le célébrant doit annoncer publiquement au cours du service, à trois reprises, que le mariage aura lieu, et que tout membre de la congrégation qui est au courant de tout empêchement possible doit le signaler au célébrant. Dans d'autres cas, le célébrant peut prendre des dispositions pour obtenir une licence de mariage, même si le couple n'est pas au courant de cette partie du processus. Après la cérémonie de mariage, le couple doit signer le registre, de même que les témoins et, comme c'est souvent le cas pour les cérémonies religieuses, le célébrant fera parvenir le registre à l'autorité provinciale compétente, qui enverra le certificat de mariage. Souvent, le couple n'est pas au courant de l'exigence visant l'enregistrement.

Dans d'autres pays, comme la France, la distinction entre un mariage religieux et un mariage civil est plus évidente. En effet, un couple doit passer par une cérémonie civile pour que son mariage soit juridiquement valide, avec ou sans cérémonie religieuse.

Décisions récentes des tribunaux

Des tribunaux de Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec ont rendu des décisions divergentes visant l'exigence du mariage selon laquelle le mariage est une union hétérosexuelle. En automne dernier, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé l'exigence hétérosexuelle du mariage. La Cour a soutenu que cette exigence violait les garanties à l'égalité des homosexuels, mais qu'elle était justifiée dans une société libre et démocratique. Selon la Cour, la notion de mariage entraîne une inégalité pour les couples homosexuels, même si la notion ne découle pas d'un « sentiment discriminatoire selon lequel les couples homosexuels ne méritent pas d'être mariés ». Toutefois, l'inégalité était justifiée puisque la Charte n'exige pas que le mariage soit transformé « en quelque chose qu'il n'est pas » afin d'englober d'autres rapports. La Cour a conclu également que le Parlement fédéral n'avait pas le pouvoir constitutionnel de modifier le sens d'hétérosexualité du mariage, quoique les tribunaux du Québec et de l'Ontario diffèrent sur ce point. La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique est en appel et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devrait l'entendre en février 2003.

En Ontario, une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario en 1993 avait également confirmé l'exigence d'hétérosexualité du mariage. La Cour avait statué que les unions de personnes de même sexe ne constituaient pas des mariages à cause de la définition du mariage, et que la Charte n'a pas l'effet de faire changer la définition du mariage.

En juillet 2002 toutefois, d'autres juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario ont statué que l'exigence selon laquelle le mariage est une union hétérosexuelle contrevenait aux garanties constitutionnelles de l'égalité des gays et lesbiennes au Canada, et ils ont donné

au Parlement deux ans pour traiter cette question. Si le Parlement ne le fait pas, ont dit les juges, la common law sera automatiquement modifiée en Ontario pour permettre l'union de « deux personnes ». Selon la Cour divisionnaire de l'Ontario, les buts du mariage dans notre société moderne peuvent être aussi valides pour les couples de conjoints de même sexe que pour ceux de sexe différent : l'engagement, la compagnie, les soins et soutien mutuels, le partage de la charge de travail, l'hébergement commun, l'interdépendance émotionnelle et financière, le fait d'élever des enfants. La seule distinction qui reste, selon la Cour, est que les couples de même sexe ne peuvent pas procréer, à tout le moins sans l'intervention d'une tierce partie. Mais comme les couples mariés n'ont pas tous des enfants et que beaucoup d'enfants naissent en dehors du mariage, les trois juges ont affirmé que le potentiel de procréation ne constituait pas en soi la seule base juridique du maintien de l'exigence du mariage comme étant l'union de personnes de sexe opposé.

En septembre, la Cour supérieure du Québec a rendu une décision analogue à celle de la Cour divisionnaire de l'Ontario. L'exigence d'hétérosexualité du mariage enfreignait selon la Cour les garanties constitutionnelles de l'égalité, et la Cour a jugé qu'une telle infraction n'était pas justifiée dans une société libre et démocratique. Elle a donné au Parlement deux ans pour traiter cet enjeu. La Cour a en outre déclaré inconstitutionnels et inopérants des articles précis de trois lois qui énonçaient le sens du mariage comme étant l'union de personnes de sexe opposé[7].

Si la loi ne change qu'en Ontario et au Québec, cela signifierait que la loi s'appliquerait de façons différentes au Canada, soit exactement ce que les rédacteurs de la Constitution originale espéraient éviter : que certaines provinces et territoires reconnaissent un mariage alors que d'autres ne le reconnaissent pas.

---

[7] L'article 5 de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*; le paragraphe 1.1 de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*; et une partie de l'article 365 du *Code civil* du Québec, qui énonçait l'exigence voulant que le mariage soit une union de personnes de sexe différent.

Le rôle du Parlement et des tribunaux

Ces dernières années, le Parlement s'est penché sur la notion du mariage à trois reprises ainsi qu'à l'occasion du débat sur une série de projets de lois émanant de députés ou de sénateurs :

- En 1999, le Parlement a adopté avec une forte majorité une motion de l'Opposition déclarant que le Parlement prendrait toutes les mesures raisonnables pour conserver le sens d'hétérosexualité du mariage au Canada;

- En 2000, le paragraphe 1.1 a été ajouté à la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* en tant que clause d'interprétation, énonçant que les modifications que la loi apporte ne changent pas le sens du terme « mariage », soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne;

- En 2001, l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil* confirmait le sens d'hétérosexualité du mariage au Québec.

Les décisions récentes de la Cour divisionnaire de l'Ontario et de la Cour supérieure du Québec s'écartent de ces déclarations antérieures du Parlement. En fait, la décision de la Cour supérieure du Québec a déclaré que les deux dernières étaient inconstitutionnelles. Cela a causé des inquiétudes chez certaines personnes au Canada qui estiment que les tribunaux ont peut-être outrepassé leur rôle constitutionnel en allant au-delà de la volonté du Parlement. Toutefois, aux termes de la Constitution, le Parlement et les tribunaux ont des rôles complémentaires. En réexaminant la loi sur le mariage, deux tribunaux ont donné de nouvelles interprétations concernant la portée des garanties de l'égalité en vertu de la Charte. Il incombe maintenant au Parlement d'examiner son approche au mariage à la lumière de ces nouvelles décisions.

Que font les autres?

Le Canada n'est pas le premier pays du monde à aborder la question de savoir s'il faut reconnaître juridiquement les unions de conjoints de même sexe et comment. En fait, le Canada entre dans l'arène bien plus tard que d'autres pays. Plusieurs pays ont débattu cet enjeu pendant des années et ont adopté des approches variées, allant du mariage homosexuel aux Pays-Bas, jusqu'à la reconnaissance juridique des partenaires domestiques, des partenariats enregistrés et des unions civiles en Scandinavie, dans certaines parties de l'Europe et des États-Unis. Même si certaines approches paraissent se ressembler, elles diffèrent de façon importante et elles ont été créées en fonction de leur société propre et en vue de se conformer aux structures constitutionnelles et juridiques propres à chaque pays. La plupart des pays ont décidé de conserver le mariage en tant qu'institution hétérosexuelle, et aucun pays n'a décidé de le laisser uniquement aux institutions religieuses et de cesser de le reconnaître en droit. Au Canada, trois provinces – le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Manitoba – ont maintenant adopté des lois à ce sujet, et l'Alberta a entamé des discussions publiques à cet égard.

Dans chaque cas, il y a eu de longs débats sur l'approche adoptée et toutes les approches diffèrent. De plus, dans chaque cas, les conséquences juridiques de l'enregistrement sont restreintes d'habitude au pays même, car il n'existe pour le moment aucun moyen de reconnaissance par d'autres pays des unions de personnes de même sexe.

La grande variété des approches démontre la complexité de l'enjeu. On trouvera ci-après un bref résumé de certains de ces modèles :

Canada

Quatre provinces ont édicté des lois visant les unions de conjoints de même sexe ou envisagent de le faire. Le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Manitoba l'ont fait pour permettre aux couples gays et lesbiennes et aux couples de sexe opposé d'enregistrer leur union dans un registre civil. L'Alberta a énoncé une définition dans sa *Marriage Act*, selon laquelle les conjoints doivent être de sexe opposé aux fins de célébration du mariage. L'Alberta, dans un projet de loi déposé devant sa législature, a également soulevé la possibilité d'enregistrement pour les couples non mariés. Certains détails à cet égard suivent. Outre l'enregistrement, la plupart des provinces et territoires ont maintenant des lois qui prévoient certains régimes d'avantages et d'obligations dont jouissent les couples mariés et les couples vivant dans une union de fait, y compris les couples homosexuels.

Québec

En juin 2002, l'Assemblée nationale du Québec a adopté le projet de loi 84 – *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*. Cette loi modifie le *Code civil* et un certain nombre d'autres lois provinciales en vue de créer un nouveau statut pour les conjoints d'une union civile (tant pour les personnes de sexe opposé non mariées que les conjoints de même sexe). Les personnes liées par une union civile ont presque toutes les mêmes avantages et obligations en vertu des lois provinciales que les couples mariés, y compris les rapports juridiques entre le conjoint et les enfants. Une union civile peut être dissoute par un jugement du tribunal, une déclaration conjointe notariée (dans certaines circonstances) ou au décès de l'un des conjoints. Un partenaire dans une union civile ne peut pas se marier avant la dissolution de cette union civile.

Même si la loi assure un traitement égal, elle énonce clairement que les unions civiles ne constituent pas un mariage et elle maintient certaines distinctions juridiques entre les deux. Par exemple, certaines dispositions du *Code civil* visant la séparation légale continuent de s'appliquer uniquement aux couples mariés.

Nouvelle-Écosse

Dernièrement, la Nouvelle-Écosse a légiféré en matière d'enregistrement des unions domestiques visant les couples non mariés de sexe opposé ou les couples de même sexe. Une fois enregistrés, les partenaires domestiques ont la plupart des mêmes avantages et obligations que les couples mariés en vertu des lois provinciales, à quelques exceptions près, comme en ce qui concerne l'adoption. Une union domestique est automatiquement dissoute si l'un des conjoints épouse une autre personne, ou elle peut être dissoute au moyen d'une entente de séparation, d'une déclaration dûment exécutée de dissolution par les deux conjoints, ou d'une séparation de plus d'un an, si un conjoint ou les deux ont l'intention de ne pas continuer l'union.

Manitoba

En août 2002, le projet de loi 53, soit la *Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes,* a été adopté par la législature mais n'est pas encore en vigueur. Le projet de loi prévoit l'enregistrement de deux adultes de sexe opposé ou de même sexe non mariés comme conjoints de fait. Lorsque les conjoints de fait décident de ne pas s'inscrire, ils sont réputés être inclus après avoir cohabité pendant la période précisée dans chaque loi. Cela ressemble à nombre d'égards à la loi de la Nouvelle-Écosse, quoique l'union enregistrée ne soit pas automatiquement dissoute lorsqu'un conjoint épouse une autre personne, et que l'union ne peut être dissoute qu'après séparation d'au moins un an.

Alberta

En 2000, l'Alberta a modifié la *Marriage Act* provinciale afin d'y ajouter une référence précise à la signification du mariage de deux personnes de sexe opposé, ainsi qu'une clause dérogatoire qui suit (traduction) :

> « art. 1 Dans la présente loi, ...
> *c)* « mariage » signifie un mariage entre un homme et une femme...

art. 2 La présente loi s'applique, nonobstant

a) les dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*... »

En mai 2002, le ministre de la Justice de l'Alberta a déposé le projet de loi 30 – l'*Adult Interdependant Relationships Act* – à l'Assemblée législative. Le projet de loi prévoit la reconnaissance juridique des contrats entre deux adultes non mariés, qu'ils vivent ou non dans une union conjugale, avec les mêmes avantages et les mêmes obligations en vertu des lois provinciales que les couples mariés. Tout comme les conjoints de fait, les personnes adultes vivant dans une relation de dépendance seraient considérées comme des partenaires interdépendants, même sans contrat ou enregistrement, après trois ans de cohabitation.

À l'étranger

En Europe, les lois représentent toute une gamme d'approches à la reconnaissance juridique des couples de même sexe. De temps à autre, il y a confusion dans la description de certains de ces régimes, et les unions enregistrées sont parfois décrites incorrectement comme des mariages.

Mariage de personnes de même sexe – Un seul pays dans le monde permet à l'heure actuelle le mariage de personnes de même sexe : les Pays-Bas. La loi établissant le mariage de personnes de même sexe est distincte de celle visant le mariage traditionnel, et il existe certaines différences de traitement dans la loi entre les couples de conjoints de même sexe et les couples de conjoints de sexe opposé. Par exemple, la loi précise que le mariage de personnes de même sexe n'est valide que dans ce pays. Les Pays-Bas ont d'abord légiféré afin de créer un modèle d'union enregistrée pour les couples de même sexe et, plusieurs années après, ce pays a édicté le mariage de personnes de même sexe. La Belgique, qui a un modèle d'union enregistrée, examine à l'heure actuelle une loi analogue à celle des Pays-Bas.

Modèles d'unions enregistrées – Nombre de pays de Scandinavie et d'Europe et deux États des États-Unis (Vermont et Hawaii) ont refondu dernièrement leurs lois pour étendre certains régimes d'avantages et d'obligations aux couples de même sexe en créant un nouveau régime : le partenariat enregistré ou l'union civile. Il existe donc deux modèles de base.

Le Danemark et le Vermont ont créé des unions enregistrées uniquement pour les couples homosexuels, ce qui leur donne la plupart des avantages et obligations que ceux des couples mariés, sauf en général l'accès à l'adoption et au mariage religieux. La dissolution du partenariat exige de mettre fin à l'enregistrement au moyen d'un processus prévu dans la loi sur le divorce

Enfin, la France, la Belgique et Hawaii ont des régimes qui vont au-delà des couples conjugaux pour inclure d'autres rapports entre adultes non mariés, même si leurs approches diffèrent à cause des préoccupations exprimées au cours du processus législatif visant la préservation de l'institution du mariage. La France vient de créer le régime du PACS (pacte civil de solidarité) qui prévoit l'enregistrement de contrats privés entre deux personnes non mariées et non parentées, et leur permet l'accès aux mêmes avantages et obligations que pour les couples mariés. La proposition originale comprenait la possibilité d'enregistrer des personnes parentées, mais il y a eu de nombreuses objections car certains y voyaient l'érosion possible des restrictions imposées au mariage entre personnes ayant des liens de parenté trop étroits (degrés interdits de consanguinité). La Belgique et Hawaii ont adopté une approche différente, qui permet à deux adultes non mariés de s'enregistrer, y compris des personnes parentées (par exemple deux frères ou deux sœurs âgés vivant ensemble, ou un fils ou une fille adulte vivant avec un parent âgé). Toutefois, à Hawaii, les conjoints de fait de sexe opposé n'ont pas à s'enregistrer, de sorte qu'il n'existe pas d'alternative officielle au mariage.

Lois pour la défense du mariage – Aux États-Unis, le gouvernement fédéral et un bon nombre de législatures des États ont adopté des lois pour la « défense du mariage » en vue de confirmer le sens du mariage comme union légitime de deux personnes de sexe

opposé. La loi fédérale permet à tout État de décider de ne pas reconnaître les unions de personnes de même sexe comme étant des mariages, même dans les cas où l'union de deux conjoints a été reconnue comme un mariage dans un autre État. Dans certains États, comme en Alaska et à Hawaii, un débat sur cet enjeu et des décisions des tribunaux ont poussé les législatures des États à modifier leurs constitutions pour conserver au mariage le sens d'union de personnes de sexe opposé.

Quelles questions faut-il régler au Canada?

Le débat public actuel et les décisions judiciaires récentes quant à la constitutionnalité de l'exigence selon laquelle le mariage est l'union de deux personnes de sexe opposé ont donné un nouvel éclairage à la question suivante : « Quel est le rôle de l'État dans la définition des exigences juridiques visant le mariage? » Dans le cadre de cet important débat, la population canadienne sera appelée à se pencher sur un certain nombre de questions philosophiques fondamentales visant l'importance du mariage dans notre société, la façon dont l'État peut mieux appuyer le mariage et le sens et l'importance de l'égalité dans notre société.

- Le mariage joue-t-il toujours un rôle dans notre société moderne et, dans l'affirmative, comment en tenir compte dans nos lois?

- Si le mariage joue toujours un rôle dans notre société et dans nos lois (en plus de son importance pour le couple), de quelle façon le Parlement peut-il appuyer le mariage?

- Si le mariage ne joue pas un rôle sociétal plus vaste, les gouvernements devraient-ils cesser de réglementer les rapports personnels et laisser la question du mariage aux personnes intéressées et à leur institution religieuse? En ce cas, quelles seraient les conséquences pour les personnes lors de la rupture d'une union? Le Parlement devrait-il continuer de jouer un rôle dans la protection d'un conjoint vulnérable et des enfants, ou devrait-il y avoir des conséquences juridiques pour les personnes qui

s'unissent et se désunissent? Si les gouvernements ont un rôle dans la réglementation des conséquences juridiques visant ces unions, comment le Parlement peut-il l'atteindre?

- D'autres rapports conjugaux stables autres que le mariage ont-ils un rôle dans notre société moderne? Dans l'affirmative, ce rôle diffère-t-il de celui du mariage? Si oui, quelle est la différence? Comment devrait-on traiter les autres unions conjugales dans nos lois?

- Puisque des lois fédérales et des lois de la plupart des provinces et territoires accordent maintenant presque tous les mêmes avantages et obligations des couples mariés aux couples non mariés et à leurs enfants, a-t-on encore besoin que les gouvernements réglementent le mariage séparément des autres unions conjugales, ou l'État devrait-il réglementer de la même façon toutes les unions de cette nature dans la même loi?

- Si nous voulons que la société et la loi appuient et respectent de la même manière le mariage et d'autres relations conjugales stables, comment peut-on y arriver? L'égalité devrait-elle signifier que les institutions sociales comme le mariage sont offertes aux conjoints de même sexe engagés l'un envers l'autre?

La façon de répondre à ces questions aidera à réduire la gamme de choix lors de l'examen des approches suivantes possibles.

Approches possibles

À quoi devrait ressembler le mariage dans le droit canadien? L'éventail des approches envisagées décrites plus loin aurait des conséquences différentes.

Le mariage pourrait demeurer une institution visant deux personnes de sexe opposé, soit :

- par législation de l'exigence visant le mariage entre deux personnes de sexe différent;

- par un nouvel énoncé du sens du mariage entre personnes de sexe différent dans le préambule d'une nouvelle loi qui créerait un équivalent du mariage à des fins fédérales (soit une union civile ou un partenariat domestique) pour d'autres relations conjugales.

Le mariage pourrait englober les unions de conjoints de même sexe en :

- légiférant afin de donner aux conjoints de même sexe la capacité juridique de se marier.

En collaboration avec les provinces et les territoires, le Parlement pourrait laisser le mariage aux institutions religieuses en :

- supprimant toutes les références fédérales au mariage et en les remplaçant par un système d'enregistrement neutre, le mariage étant laissé au ressort exclusif des particuliers et de leurs institutions religieuses.

Chaque approche devrait être envisagée en respectant la séparation constitutionnelle des pouvoirs en conformité avec la Charte. Examinons ci-après chaque approche en détail.

Le mariage pourrait demeurer une institution visant deux personnes de sexe opposé

À quoi cela ressemblerait-il?

Si le Parlement décide de conserver le mariage tel qu'il est, à savoir « l'union légitime d'un homme et d'une femme », la notion de « sexe opposé » pourrait être inscrite avec précision dans une nouvelle loi fédérale. Dans ce cas, ce concept du mariage pourrait refléter davantage la vision du Parlement mais n'aborderait pas la question de l'égalité des conjoints de même sexe.

Si le Parlement décide de donner suite aux préoccupations concernant l'égalité, il pourrait édicter une nouvelle loi fédérale créant un registre qui serait considéré comme étant équivalant au mariage aux fins des lois et programmes fédéraux. Cette nouvelle union civile ou ce nouveau registre de partenaires domestiques pourrait être accessible soit seulement aux conjoints de même sexe (de la même façon que le mariage serait réservé aux conjoints de sexe opposé), ou elle pourrait être offerte à la fois aux conjoints de même sexe et aux conjoints de sexe opposé qui préfèrent ne pas se marier. La loi fédérale créant ce nouveau registre pourrait comprendre une disposition stipulant que le mariage est une institution visant les conjoints de sexe opposé.

Quels en seraient les effets?

- Le maintien du mariage en tant qu'union de deux personnes de sexe opposé serait conforme aux mesures prises par la majorité des pays qui ont traité cette question. Cette approche satisferait les personnes qui estiment que la nature du mariage ne peut pas ou ne devrait pas être changée en vue de répondre aux préoccupations en matière d'égalité.

- L'ensemble de la population ne verrait pas cette solution comme s'appliquant également à tous selon l'article 15 de la Charte. Certains contesteraient probablement cette mesure, la considérant comme discriminatoire en vertu de la Charte. Même si

cette question n'a pas été tranchée par les tribunaux, les décisions du Québec et de l'Ontario laissent à penser qu'un registre civil ne suffirait peut-être pas à répondre aux préoccupations au chapitre de l'égalité. Si le nouveau registre est ouvert à la fois aux conjoints de même sexe et aux conjoints de sexe différent, les conjoints de sexe opposé auraient encore un choix supplémentaire qui ne serait pas offert aux conjoints de même sexe (c'est-à-dire le choix de se marier). Si le nouveau registre est ouvert aux conjoints de même sexe uniquement, certains pourraient estimer que le nouveau registre est discriminatoire car il crée une institution parallèle pour maintenir les couples homosexuels loin de l'institution du mariage.

- Si la signification du mariage en tant qu'union de deux personnes de sexe opposé résiste finalement aux contestations judiciaires en cours, cette loi le ferait également.

- Si les tribunaux jugent au bout du compte que la préservation de l'institution du mariage de personnes de sexe opposé constitue une violation de la Charte, mais que le Parlement veut conserver l'exigence voulant que le mariage soit l'union de deux personnes de sexe différent, une telle loi à cet effet obligerait le Parlement à recourir à l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit la clause « dérogatoire ». Cette clause n'a jamais été utilisée jusqu'à présent par le Parlement. La Charte stipule que lorsque le Parlement a recours à la clause dérogatoire pour édicter une loi, celle-ci doit être revue par le Parlement tous les cinq ans. L'invocation de la clause dérogatoire dans une loi réaffirmant le sens du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme garantirait que l'enjeu ferait de nouveau l'objet de débats dans cinq ans.

- Ou le Parlement pourrait choisir de combiner l'énoncé du sens du mariage en tant qu'union de deux personnes de sexe opposé à la création d'un nouveau registre qui est l'équivalent du mariage. Toutefois, à lui seul, le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir de faire appliquer le registre à toutes fins[8]. Toutes les provinces et tous les territoires devraient accepter d'adopter des lois complémentaires visant la nouvelle union civile ou le partenariat domestique à l'échelle du Canada. Autrement, l'enregistrement ne se limiterait qu'aux lois et programmes fédéraux. Le fait que le registre ne s'appliquerait pas également dans tout le Canada pourrait appuyer les affirmations de discrimination puisque les couples de gays et lesbiennes ne seraient pas traités devant la loi comme les couples mariés dans toutes les administrations[9].

- En cas de rupture de la relation d'un couple lié par une union civile ou par un partenariat domestique, la loi fédérale ne pourrait qu'énoncer la façon d'interrompre l'enregistrement d'un couple aux fins fédérales[10]. Si les provinces et les territoires n'adoptent pas de lois complémentaires, les questions de pensions alimentaires, et de division des biens et de responsabilité parentale ne pourraient être résolues que si les conjoints sont liés par une union de fait en vertu de la loi provinciale ou territoriale.

---

[8] La loi fédérale pourrait prévoir que si un couple a inscrit son union civile (ou son partenariat domestique) auprès de la province dans laquelle il vit, cet enregistrement s'appliquerait aussi en ce qui a trait aux lois et programmes fédéraux. Seuls la Nouvelle-Écosse, le Québec et le Manitoba permettent maintenant de tels enregistrements; aussi la loi devrait-elle créer un registre fédéral pour les couples qui vivent dans les provinces sans registre, uniquement à des fins fédérales.

[9] Sans des lois provinciales complémentaires, si un couple vivant dans une province n'a pas enregistré son union civile ou son partenariat domestique, il ne serait reconnu qu'à des fins provinciales si on le considère comme un couple de fait. Cela pourrait présenter certaines difficultés si le couple déménage dans une autre province.

[10] Le Parlement fédéral a autorité constitutionnelle sur le divorce, mais puisqu'il ne s'agit pas de divorce, elle tomberait sous celle des « biens et des droits civils » qui relève du mandat des législatures provinciales et territoriales.

Le mariage pourrait également englober les conjoints de même sexe

À quoi cela ressemblerait-il?

Le Parlement pourrait choisir de légiférer pour changer le mariage afin de donner aux conjoints de même sexe la capacité juridique de se marier. Les lois, règlements et programmes fédéraux, provinciaux et territoriaux actuels visant les couples mariés n'auraient pas besoin d'être modifiés, mais s'appliqueraient simplement aux mariages de deux personnes de même sexe. Toutefois, la nouvelle loi devrait indiquer également comment s'appliqueraient certaines règles de la common law visant la capacité juridique de se marier qui sont présentement énoncées en termes de conjoints de sexe opposé[11]. De plus, certaines lois comme la *Loi sur le divorce*, qui utilisent une formulation fondée sur le sens de mariage de deux personnes de sexe opposé, devraient être modifiées en conséquence.

Quels en seraient les effets?

- Cette approche aborderait les préoccupations visant l'égalité[12].

- Ces mariages ne seraient probablement valides qu'au Canada puisque, pour l'heure, il n'existe aucun mécanisme juridique reconnaissant ces mariages hors de nos frontières.

---

[11] Par exemple, certaines règles visant la capacité juridique de se marier énoncent des exigences juridiques en termes d'union de personnes de sexe différent, notamment les lois qui interdisent les mariages entre deux personnes ayant des liens de parenté trop étroits (degrés interdits de consanguinité), et elles devront être modifiées en conséquence.

[12] Dans les provinces et les territoires qui légifèrent contre la célébration du mariage homosexuel, comme l'Alberta, il y aura sans doute d'autres contestations judiciaires en vertu de la Charte.

- Certaines autorités religieuses pourraient craindre d'être forcées de célébrer des mariages de personnes de même sexe. Les décisions de l'Ontario et du Québec suggèrent que la Charte n'exigerait pas des autorités religieuses qu'elles célèbrent des mariages qui seraient contraires à leurs convictions religieuses. Toutefois, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux pourraient convenir d'examiner la nécessité d'apporter certains changements additionnels aux lois (sans doute surtout au lois provinciales et territoriales[13]).

- Un autre moyen d'assurer que les célébrants ne sont pas tenus de marier des couples lorsque cela va à l'encontre de leurs croyances serait peut-être de supprimer toutes les conséquences juridiques d'un mariage religieux. Cela signifierait que les couples seraient mariés civilement, qu'il y ait mariage religieux ou pas, pour être reconnus en droit. Si le Parlement choisit cette approche, les inquiétudes visant l'égalité pourraient être apaisées totalement par le mariage civil, sans aucun changement parallèle au mariage religieux. Toutefois, le seul moyen de supprimer toutes les conséquences juridiques d'un mariage religieux serait que les provinces et les territoires modifient leurs lois concernant la célébration[14].

- Beaucoup d'institutions religieuses pourraient s'opposer à la séparation complète du mariage religieux et du mariage séculier, car elles voudraient sans doute conserver la reconnaissance juridique des mariages que leurs officiants célèbrent, et leurs membres pourraient se sentir marginalisés s'ils ne bénéficient plus de la reconnaissance juridique de leur mariage religieux.

---

[13] Les codes des droits de la personne de certaines provinces et de certains territoires ont déjà des dispositions contenant des exemptions pour les organismes religieux à certaines fins, ou ils énoncent dans les règles de célébration que les organismes religieux peuvent refuser de marier un couple. Les lois fédérales, provinciales et territoriales en matière de droits de la personne devront sans doute être réexaminées.

[14] Il se peut qu'il faille modifier les lois fédérales, provinciales et territoriales pour donner l'assurance aux institutions religieuses qu'elles pourraient continuer d'établir des exigences supplémentaires pour le mariage religieux, conformes à leurs convictions religieuses.

Avec la collaboration des provinces et des territoires, le Parlement pourrait laisser le mariage aux institutions religieuses

Le Parlement pourrait souligner la séparation de l'Église et de l'État au Canada en faisant une distinction plus nette entre le rôle du Parlement et celui des institutions religieuses dans le domaine du mariage. À cette fin, toutes les conséquences juridiques du mariage pourraient être supprimées, pour laisser le mariage aux mains des institutions religieuses. Cela nécessiterait la pleine collaboration de toutes les provinces et de tous les territoires.

À quoi cela ressemblerait-il?

Le Parlement pourrait abroger toutes les lois fédérales sur le mariage ainsi que toutes les références au mariage figurant dans les lois et les programmes fédéraux. Celles-ci seraient remplacées par un nouveau registre visant les couples de personnes de sexe opposé et des personnes de même sexe en se servant de langage neutre, par exemple le partenaire enregistré. Les mariages existants seraient réputés être inclus, mais toutes les unions nouvelles devraient être enregistrées en vertu du nouveau régime en vue d'être reconnues en droit. Les lois fédérales sur le divorce s'appliqueraient uniquement aux mariages existants, et la rupture des unions enregistrées serait régie par les lois provinciales et territoriales. Un couple pourrait choisir d'être marié par un officiant religieux, mais le mariage n'aurait aucun effet en droit à moins que le couple ne soit également enregistré dans le cadre du nouveau régime. Chaque institution religieuse devrait décider de célébrer le mariage de personnes de sexe opposé uniquement, ou d'inclure les couples de personnes de même sexe.

Quels en seraient les effets?

- Cette approche ne fonctionnerait qu'avec la pleine coopération des provinces et des territoires, puisque le nouveau registre remplacerait les registres de mariages dans les provinces et les territoires ainsi que les registres des unions civiles et des partenaires domestiques.

- Si les provinces et les territoires décidaient de continuer à exercer leur compétence constitutionnelle de célébrer les mariages, cette approche ne fonctionnerait pas pour deux raisons. Premièrement, aucune loi fédérale n'établirait qui peut se marier, c'est-à-dire soit que les préoccupations visant l'égalité en vertu de la Charte ne cesseraient pas en ce qui a trait au sens d'union de personnes de sexe différent du mariage (puisque la common law fédérale sur cette question de droit existerait encore et se prêterait toujours à des contestations judiciaires), soit que des décisions des tribunaux visant l'égalité devront combler la lacune créée dans les lois fédérales. Deuxièmement, si les provinces et les territoires continuaient de prôner la célébration des mariages, il n'y aurait plus aucune loi sur le divorce qui s'appliquerait à ces nouveaux mariages. Le Parlement pourrait être critiqué pour ne pas exercer son pouvoir visant à protéger les conjoints vulnérables et les enfants.

- Si les provinces et les territoires coopèrent pleinement, un régime uniforme de registre donnerait lieu à une reconnaissance juridique des unions conjugales stables (soit entre personnes de sexe opposé, soit entre personnes de même sexe) et un traitement égal pour tous. Il n'y aurait plus aucune référence au mariage dans les lois fédérales, mais les mariages existants et les nouveaux enregistrements permettraient l'admissibilité à tous les avantages sociaux et à toutes les obligations prévus par la loi.

- Étant donné que le mariage n'existerait plus dans les lois, les lois concernant les conséquences juridiques de la rupture du mariage ou le divorce ne s'appliqueraient qu'aux mariages existants. Les lois provinciales et territoriales s'appliqueraient à la rupture de toute union inscrite au nouveau registre, y compris celles qui ont été célébrées religieusement.

- Il serait difficile de contester judiciairement ce nouveau registre parce que tous les couples seraient traités de la même façon. Toutefois, cela préoccuperait ceux qui estiment que le mariage devrait être reconnu juridiquement et ils pourraient avoir

l'impression que leurs convictions ont été marginalisées. Cela pourrait créer également des difficultés si un couple devait déménager dans un autre pays. Tout d'abord, l'autre pays devrait décider si le mariage est juridiquement valide selon ses propres lois, et, deuxièmement, un couple déménageant au Canada, qui s'est marié ailleurs pourrait éprouver des difficultés à obtenir un divorce.

Comment peut-on participer au débat?

Le gouvernement est responsable de l'édiction des lois et de la formulation des politiques, mais tous les particuliers ont également un rôle primordial à jouer en faisant connaître leur opinion à leur représentant élu à propos des enjeux difficiles qui façonneront notre avenir. Le présent document ne constitue qu'un point de vue. Vous pouvez avoir d'autres façons de voir les choses.

Le Comité permanent de la justice et des droits de la personne annoncera son processus d'audiences aux cours desquelles il entendra les témoignages de la population canadienne sur la façon de concilier la définition traditionnelle du mariage et la reconnaissance des unions de gays et lesbiennes dans le cadre de la Constitution canadienne et de ses garanties à l'égalité. Dans l'intervalle, vous pouvez écrire directement à votre député ou à votre sénateur ou faire connaître votre point de vue au ministre de la Justice à l'adresse suivante : Bureau 100, 284, rue Wellington, Ottawa (Ontario) K1A 0H8, ou par courriel à mariage@justice.gc.ca.